



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA (POSGRAP)
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO (COPGD)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PRODIR)
MESTRADO EM DIREITO

PAULO MARCELO SILVA LEDO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: SUPERAÇÃO DO
CONSEQUENCIALISMO PRAGMÁTICO PARA GARANTIA DO DIREITO AO
MÍNIMO EXISTENCIAL**

SÃO CRISTÓVÃO, SE

2019

PAULO MARCELO SILVA LEDO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: SUPERAÇÃO DO
CONSEQUENCIALISMO PRAGMÁTICO PARA GARANTIA DO DIREITO AO
MÍNIMO EXISTENCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Constitucionalização do Direito.

Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado.

SÃO CRISTÓVÃO, SE

2019

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

L474c Ledo, Paulo Marcelo Silva
Controle judicial de políticas públicas : superação do
consequencialismo pragmático para garantia do direito ao mínimo
existencial / Paulo Marcelo Silva Ledo ; orientador Carlos Augusto
Alcântara Machado. – São Cristóvão, SE, 2019.
135 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de
Sergipe, 2019.

1. Direitos fundamentais. 2. Poder judiciário. 3. Planejamento
político. 4. Legitimidade (Direito). 5. Pragmatismo. I. Machado,
Carlos Augusto Alcântara, orient. II. Título.

CDU 342.56

PAULO MARCELO SILVA LEDO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: SUPERAÇÃO DO
CONSEQUENCIALISMO PRAGMÁTICO PARA GARANTIA DO DIREITO AO
MÍNIMO EXISTENCIAL**

Aprovada em: ____/____/____

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito à seguinte banca examinadora.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado – Universidade Federal de Sergipe
Orientador

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso – Universidade Federal de Sergipe
Avaliador Interno

Profa. Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy – Universidade Tiradentes de Sergipe
Avaliadora Externa

São Cristóvão, SE

2019

O todo sem a parte não é o todo.

A parte sem o todo não é parte (Gregório de Matos).

Aqui, distantes da terra natal e de nossos queridos, somos a parte e somos o todo. Você, Barbara, companheira inseparável, soube entender a caminhada. As minhas filhas Paula e Isabela, a razão de tudo - o infinito amor.

Amo muito vocês.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a todos que contribuíram para a realização deste sonho:

Agradeço a minha esposa Bárbara, pelo inestimável e incondicional apoio nesta longa caminhada, pelo carinho diário, pela paciência e compreensão. Sem seu incentivo, esta missão não seria cumprida.

As minhas amadas filhas Paula e Isabela, pessoas carinhosas, generosas e gentis, demonstraram maturidade para entender a escolha acadêmica do pai.

Pelo exemplo profissional que sempre me inspirou e inspira, agradeço a minha mãe Celeste.

Pelo exemplo de vida, o especial agradecimento a meu pai Ananias, o velho timoneiro.

Agradeço imensamente a meus irmãos Alda, Claudio e Adriano pelo apoio. Voltaremos a nos encontrar em breve.

A meu orientador, Professor Doutor Carlos Augusto Alcântara Machado, agradeço a precisa e enriquecedora orientação. Indicou-me os caminhos do estudo com notável segurança, qualidade de um verdadeiro mestre. Inesquecíveis as magníficas aulas na graduação.

Ao Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, profissional exemplar, primeira inspiração para o caminho acadêmico. Dispensou seu precioso tempo para me auxiliar na conclusão deste trabalho.

Agradeço ao mestre e cunhado Jailson Corrêa pelo incentivo e também ao amigo Doutor Augusto César Leite de Resende pelas valiosas sugestões.

Agradeço aos meus colegas e amigos do mestrado, Cláudio, Eduardo, Christiane, Hortência, Eliezer, José Leite e Rafael pela viva amizade e ajuda no complexo caminhar acadêmico.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a legitimidade democrática do Poder Judiciário e o papel do performático Juiz constitucional no controle judicial de políticas públicas, verificável diante da omissão inconstitucional para efetivação de direitos fundamentais. A responsabilidade política do juiz desafia o enfrentando das trágicas escolhas administrativas na alocação de recursos públicos, diante da notória escassez e da necessidade de garantia do mínimo existencial. A dignidade da pessoa humana, fundamento de toda ordem constitucional, impulsionou a jurisdição e a hermenêutica constitucional, forjando um multidimensional ativismo. O modelo forte de intervenção judicial nas políticas públicas molda a nova teoria da decisão judicial, garantindo a dimensão prestacional dos direitos sociais, superando-se notórios argumentos estatais. Liberto das amarras da argumentação pragmática consequencialista, positivada na Lei nº 13.655/2018, a intervenção judicial, racional e moderada pela reserva da consistência, assegura a consagração de direitos humanos fundamentais. Como proposta metodológica, utilizou-se a pesquisa exploratória, com método dedutivo por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial sobre o tema. Adota-se a pesquisa qualitativa em razão da necessidade em conceituação dos temas vinculados a área de concentração da pesquisa – constitucionalização do direito - averiguando-se o dever de motivação judicial que justifica o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Poder judiciário. Legitimidade. Políticas públicas. Direitos fundamentais. Pragmatismo.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la legitimidad democrática del Poder Judicial y el papel del performático Juez constitucional en el control judicial de políticas públicas, verificable ante la omisión inconstitucional para la efectividad de derechos fundamentales. La responsabilidad política del juez desafía al enfrentamiento de las trágicas elecciones administrativas en la asignación de recursos públicos, ante la notoria escasez y la necesidad de garantía del mínimo existencial. La dignidad de la persona humana, fundamento de todo orden constitucional, impulsó la jurisdicción y la hermenéutica constitucional, forjando un multidimensional activismo. El modelo fuerte de intervención judicial en las políticas públicas ha garantizado la dimensión proporcional de los derechos sociales, superando notorios argumentos estatales. Liberado de las amarras de la argumentación pragmática consecuencialista, positivada en la Ley n. 13.655 / 2018, la intervención judicial, racional y moderada por la reserva de la consistencia, asegura la consagración de derechos humanos fundamentales. Como propuesta metodológica, se utilizó la investigación exploratoria, con método deductivo por medio de las técnicas de investigación bibliográfica, legislativa y jurisprudencial sobre el tema. Se adopta la investigación cualitativa en razón de la necesidad en conceptualización de los temas vinculados al área de concentración de la investigación - constitucionalización del derecho - averiguando el deber de motivación judicial que justifica el control de políticas públicas por el Poder Judicial.

PALABRAS CLAVE: Poder Judicial. Legitimidad. Políticas públicas. Derechos fundamentales. Pragmatismo.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROTAGONISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO	11
2.1	Consagração dos direitos fundamentais.....	11
2.2	O papel do Poder Judiciário nos Estados contemporâneos	22
2.3	O protagonismo do juiz constitucional e o controle de atos e políticas públicas.....	29
2.4	O argumento pragmático na Lei nº 13.655/2018 e o mínimo existencial	40
3	DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	49
3.1	O dever de fundamentação e a reserva da consistência.....	49
3.2	Alcance da sindicabilidade das políticas públicas	57
3.3	Objecções à adjudicação de políticas públicas	67
3.4	O mínimo existencial é vital?	82
4	ATIVISMO JUDICIAL. A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA E O APRIMORAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	91
4.1	O dilema orçamentário no ativismo prestacional	91
4.2	O conteúdo do mínimo existencial no Supremo Tribunal Federal	103
4.3	Segurança jurídica e aprimoramento da tutela judicial no controle de políticas públicas	110
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
	REFERÊNCIAS	121

1 INTRODUÇÃO

Inquestionável o protagonismo do Poder Judiciário galgado com a Constituição Federal de 1988. A Corte constitucional torna-se palco de discussão de grandes questões nacionais, políticas, econômicas e sociais. A forte judicialização e o ativismo judicial, em sua estrutura multidimensional, superaram o clássico postulado da separação de poderes imaginada por Montesquieu em seu *Espírito das Leis*.

A ascensão institucional do Poder Judiciário é fenômeno observável a partir da 2ª Guerra Mundial, com a incorporação do ideal democrático e da concretização dos direitos fundamentais. A liberdade hermenêutica conduziu à supremacia constitucional na interpretação e integração do direito, ultrapassando os postulados do vetusto Estado legal de um direito hermético, sem correspondência com as investigações zetéticas, ou seja, compartilhamentos em outras áreas do conhecimento humano, a exemplo da sociologia, psicologia, política, economia, história, etc.

Mas em razão do agigantamento das funções do Estado moderno, constatou-se a necessidade de limitação do poder. A dignidade da pessoa humana, edificada como fonte e fundamento de todo ornamento jurídico, promove o constitucionalismo social e desenvolve a teoria dos direitos fundamentais, comumente vinculada ao direito das minorias, possibilitando, ainda, a abertura e ampliação do discurso jurídico para a pesquisa dos valores sociais e políticos que informam o núcleo da Constituição.

A função contramajoritária dos direitos fundamentais permitiu a contenção da maioria parlamentar, através do exercício da jurisdição constitucional.

Assim, os regimes políticos democráticos assistem ao prospectivo modelo ativista da novel jurisdição constitucional, cuja prática hermenêutica superou o positivismo exegético do começo do século XX para assegurar os dois pilares essenciais à higidez do Estado: a supremacia da Constituição e a plenitude dos direitos fundamentais.

Entretanto, muitas das franquias constitucionais, em especial os direitos sociais, sofreram um déficit de efetivação por parte do Estado. Combater as causas passou a fazer parte do equacionamento deste déficit que resiste nos países de constitucionalismo tardio como o Brasil. Evitar o desperdício de dinheiro público, enfrentar a corrupção e os desvios, aprofundar o discurso político democrático, aprimorar a gestão política e administrativa do Estado, bem como a tutela jurisdicional passaram a constituir metas do Estado moderno, no intuito de dimensionar os direitos sociais ao atendimento do mínimo existencial vinculado à

dignidade da pessoa humana.

A crise do Estado constitucional veio, assim, anunciada como a narrativa das promessas não cumpridas. O Brasil, marcado por profundas feridas sociais, notadamente a exclusão de grande parcela da população do usufruto dos direitos e utilidades consagrados na Carta Magna, vive uma crise de legitimidade democrática.

Os poderes Legislativo e Executivo, marcados pela desconfiança popular, escândalos de corrupção e leniência na elaboração e implementação de políticas públicas eficientes, descumprem os objetivos sociais, políticos e econômicos traçados pelo Estado Democrático de Direito e anunciados no Preâmbulo da Carta Magna.

Nesse contexto de desilusão, pergunta-se: como lidar com a inércia e o desrespeito dos poderes democraticamente eleitos na efetividade dos direitos sociais? Teria o Poder Judiciário legitimidade democrática para intervir no âmbito das esferas governamentais e conveniências administrativas, controlando a atuação governamental com escopo de assegurar os direitos fundamentais? Como assegurar a justiça distributiva de bens e serviços públicos de forma universal e isonômica? É possível ao juiz superar o argumento consequencialista pragmático previsto nos artigos 20, 21 e 22 da Lei nº 13.655/2018 para garantir o direito ao mínimo existencial? O que é ativismo judicial? Quais os limites do ativismo judicial? Quais os parâmetros para uma teoria da decisão judicial na esfera de controle judicial?

Essas hipóteses serão amplamente discutidas no presente trabalho.

A presente dissertação tem por objetivo analisar o controle jurisdicional de políticas públicas, sob o enfoque da omissão inconstitucional dos atores políticos no cumprimento dos objetivos republicanos preconizados pelo art. 3º da Carta Política.

A dimensão prestacional dos direitos sociais, por acarretar repercussão na esfera orçamentária do Estado, é a parte mais sensível do controle judicial, uma vez que para implementar ou corrigir políticas públicas, o juiz constitucional remaneja recursos públicos, suprimindo deficiências alocatícias do planejamento administrativo.

O mínimo existencial, que não se confunde com o mínimo vital, está vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana, representando a chave para superação dos conhecidos óbices argumentativos do Estado: a reserva do possível, o déficit de expertise do Poder Judiciário, a falta de legitimidade democrática dos juízes, a separação de poderes e a autonomia da discricionariedade administrativa.

O objetivo pretendido neste trabalho se volta a análise da expansão da jurisdição constitucional e o modo pelo qual os juízes resolvem as causas concernentes a direitos sociais

prestacionais, notadamente as causas relativas a saúde pública e educação, tendo que enfrentar a aridez de temas técnicos do direito administrativo, financeiro e orçamentário.

No primeiro plano, o estudo dispensará uma análise sobre a trajetória dos direitos fundamentais até a sua positivação na Constituição Federal de 1988 - marco histórico de afirmação do constitucionalismo fraternal. A correlação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional necessita de constante aprimoramento na superação das tensões institucionais, até porque as políticas públicas existem para concretizar direitos sociais. Neste item será abordado o pragmatismo consequencialista, estabelecido na Lei n. 13.655/2018, como postura hermenêutica contextualizada com as conseqüências da decisão judicial.

No segundo momento, o estudo abordará o delineamento constitucional da jusfundamentabilidade dos direitos fundamentais sociais, abordando a legitimidade da decisão judicial pela motivação exauriente, na tentativa de superação das objeções à adjudicação de políticas públicas, visando a proteção do direito fundamental ao mínimo existencial.

Por último, será discutida a íntima conexão entre a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, trazendo o posicionamento do Supremo tribunal Federal quanto ao tema, demarcando, assim, a dimensão do princípio constitucional da segurança jurídica para o aprimoramento da tutela jurisdicional no controle de políticas públicas. No âmbito da teoria da decisão judicial, no plano da garantia ao mínimo existencial, se constatará que os mesmos fundamentos éticos, políticos e jurídicos que justificam a superação do argumento da reserva do possível servem para fundamentar a superação do argumento pragmático consequencialista estabelecido na Lei nº 13.655/2018.

Como proposta metodológica, utilizou-se a pesquisa exploratória, com método dedutivo por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial sobre o tema. Adota-se a pesquisa qualitativa em razão da necessidade em conceituação dos temas vinculados a área de concentração da pesquisa – constitucionalização do direito - averiguando-se o dever de motivação judicial que justifica o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

As principais conclusões extraídas deste trabalho estão lançadas nas considerações finais.

2 CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROTAGONISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Por certo que um trabalho voltado à compreensão da eficácia dos direitos fundamentais e o tema de controle de políticas públicas, adotando-se a perspectiva insculpida no texto constitucional brasileiro de 1988, não pode prescindir de uma análise voltada a uma teoria geral¹ que informe o conceito, a trajetória e a dimensão dos direitos fundamentais para se alcançar a sua concepção no moderno Estado Democrático de Direito.

A história da humanidade releva que o grau de civilização de uma sociedade está diretamente ligado ao respeito aos direitos fundamentais afirmados democraticamente e ao esforço do poder público na sua efetiva implementação em prol do cidadão.

2.1 Consagração dos direitos fundamentais

Não é missão deste trabalho elaborar uma teoria geral dos Direitos Fundamentais, ou as diversas vertentes que buscam um conceito universal, mas o estudo do tema proposto passa, necessariamente, pelo conhecimento do referencial histórico² que justificou a afirmação dos direitos fundamentais no plano jurídico e a ideia, comumente aceita, da sua inescapável função limitadora do poder estatal.

Servindo as políticas públicas à efetividade dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, em especial os direitos fundamentais sociais, e considerando a ampla sindicabilidade judicial das políticas públicas, mister uma análise da dimensão e de como se situam estes direitos no plano constitucional.

A estrutura, o conceito e a forma dos direitos fundamentais permanecem em um campo nebuloso da ciência jurídica.³

¹ José Joaquim Gomes Canotilho assevera que: “Seria metodologicamente empobrecedora uma análise dos direitos fundamentais sem uma exposição das ‘teorias dos direitos fundamentais’.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 17.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004, p. 5.

³ Segundo Alexy: “A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. De forma nenhuma é possível dizer que tal clareza já exista em grau suficiente. Quando se examina a caracterização teórico-estrutural dos direitos fundamentais e de suas normas na jurisprudência e na literatura, o que se

Não há uniformidade ou coesão no disciplinamento terminológico dos direitos fundamentais, importando na utilização pela doutrina de expressões de igual carga semântica, tais como direitos humanos, direitos públicos subjetivos, direitos fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais, liberdades públicas, dentre outros.⁴

Esta diversidade semântica também está presente na Constituição Federal de 1988 e não colabora para a sistematização do tema. Assim é que, de forma exemplificativa, constata-se que a Constituição traz distintas expressões, topologicamente vinculadas às suas respectivas áreas de proteção: direitos humanos (art. 4º, inciso II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º, §1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inciso IV).⁵

As diversas opções semânticas lançadas no texto constitucional não estão lá por acaso; estão a demonstrar que cada uma das mencionadas categorias constitui, destacadamente, uma função exercida pelos direitos fundamentais.⁶

A doutrina constitucional, ao se debruçar sobre a teoria dos direitos fundamentais, já apontou a perplexidade terminológica empregada neste tema, bem como o “uso promíscuo” ao largo da literatura jurídica.⁷

Segundo Antonio Enrique Perez Luño⁸ o termo direitos fundamentais surgiu em 1770, na França, marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, culminando, com destaque, na Constituição de *Weimar* de 1919. Para o mencionado autor, os direitos fundamentais decorrem de uma concepção filosófica humanista, surgindo como a fase mais avançada do processo de

encontra é um quadro quase desconcertante.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 43.

⁴ Aliás, as dificuldades do tema ultrapassam a seara da dimensão semântica do termo direitos fundamentais, como a questão da universalidade dos direitos humanos. Esta perplexidade já fora anotada por Inocêncio Coelho, por ocasião da apresentação da obra de Gustavo Zagrebelsky, quando confrontado o tema com a ideia de pluralismo ético e cultural dos distintos modos de vida do homem, trazendo a lume o exemplo do Véu Islâmico e afirmando que “na seara dos direitos humanos, cujas declarações, embora autodenominadas universais, são vistas pelos seus críticos como textos simplesmente ocidentais, e, por isso mesmo, carentes de normatividade para quem vive do outro lado do mundo e ali se conduz com conformidade com valores diversos.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 11.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 27.

⁶ Estas funções foram sendo reveladas historicamente e seriam os direitos de defesa (liberdade e igualdade), os direitos de cunho prestacionais, bem como os direitos-garantia e as garantias institucionais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 27.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 574.

⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013. *E-book*, Cap. 2, p. 1.

positivação dos direitos naturais junto aos textos constitucionais dos Estados de Direito.

A concepção jusnaturalista dos direitos naturais identifica-se com a trajetória do humanismo⁹, desde a antiguidade clássica até a contemporaneidade, na trilha do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos valores como a liberdade, justiça, tolerância, felicidade, alteridade, igualdade e outros valores que reconhecem a singularidade de cada ser humano e a plenitude de sua individualidade, constituindo os direitos fundamentais a consagração jurídica dos direitos naturais do ser humano.

Na antiguidade clássica, o humanismo não compreendia o reconhecimento do homem como titular de direitos inalienáveis – bastando verificar que Platão e Aristóteles, na concepção restrita da *polis*, viam com naturalidade a questão da escravidão - mas na existência de direitos universais regidos por uma lei natural cósmica. A natureza política do homem o conduzia a uma virtude comunitária, à educação na polis, hierarquia social e autonomia do Estado. O homem da antiguidade mergulha na dimensão cósmica para justificar sua própria natureza, sem o reconhecimento de um direito natural inerente à sua própria condição.¹⁰

Com a consolidação do cristianismo a partir do século XVI, em especial o direito natural tomista, a doutrina do humanismo teocêntrico reconhece direitos inerentes ao homem, como membro de uma sociedade cristã e fraterna, proclamando que a dignidade humana alcança a percepção da igualdade perante o outro, irmãos entre si e filhos do mesmo pai celestial, uma dimensão da alteridade¹¹. O valor fraternidade (não confundir com caridade) passa a reger as relações sociais e humanas, conforme Antônio Carlos Wolkmer.¹²

Para Antonio Enrique Perez Luño¹³, durante os séculos XVI e XVII os teólogos espanhóis Francisco de Vitoria y las Casas, ao defender os direitos dos povos colonizados, e Francisco Suárez e Gabriel Vazquez, ao influenciar o racionalismo humanista e a tutela da universalidade dos direitos comuns a todos os seres humanos, contribuíram significativamente

⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013. *E-book*, Cap. 2, p. 4.

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. O direito como expressão da natureza cósmica: Sófocles, Aristóteles e Cícero. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente**. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 1-14.

¹¹ Para Abbagnano, a alteridade diz com a condição de “Ser outro, pôr-se ou constituir-se como outro”, conforme ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35. Essa ideia se vincula a tese de responsabilidade pelo outro ser humano, em um sentido completo de justiça, uma vez que o homem fechado em si mesmo é fonte de miséria, guerras e isolamento.

¹² WOLKMER, Antônio Carlos. O direito como expressão da natureza cósmica: Sófocles, Aristóteles e Cícero. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente**. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 15-32.

¹³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013. *E-book*, Cap. 2, p. 6-8.

para a concepção dos direitos naturais. Nesse mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho:

Ora, foi a secularização do direito natural pela teoria dos valores objectivos da escolástica espanhola (Francisco de Vitória, Vazquez e Suarez) que, substituindo a vontade divina pela natureza ou razão das coisas, deu origem a uma concepção secular do direito natural, posteriormente desenvolvida por Grotius, Pufendorf e Locke.¹⁴

No final do século XVIII, neste cenário de racionalização dos princípios do direito natural, Kant elabora o elemento nuclear da concepção contemporânea da dignidade da pessoa humana - centrado na autonomia ética, moral e no direito de autodeterminação do indivíduo – proclamando que o homem existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.¹⁵

Ressalte-se a magnífica contribuição dos teóricos iluministas John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau para a formação do Estado moderno, afirmando, em um primeiro momento, a supremacia do Parlamento, cedendo lugar, já no limiar do século XX, ao protagonismo do Judiciário. O próprio Estado deixa de ser um fato natural; torna-se a crença da inevitabilidade de uma ordem estatal organizada politicamente, em que o homem livre se reconhece como titular de direito e deveres¹⁶ - o direito como produto da razão.

Locke, ao contrário de Hobbes, elabora seus teoremas para construção do paradigma do Estado não absolutista. Conquanto permaneça com a concepção da figura do soberano, prevê que o poder civil derive do consentimento popular – o *pactum societatis* -, qualificado por leis gerais dotadas de sanção (soberania parlamentar), tendo como finalidade o bem comum e a conservação da propriedade.¹⁷

Em seu *Espírito das Leis* (1747) Montesquieu traz a concepção política de limitação e separação de poderes, contemplando as funções estatais em legislativas, executivas e judiciais, delineando, organicamente, o regime constitucional do Estado, no equilíbrio funcional acoplado a um sistema de freios e contrapesos, que se tornar dogma do constitucionalismo e

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 382.

¹⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. (Textos filosóficos). Tradução: Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, 2011.

¹⁶ LEDO, Paulo Marcelo Silva. Perspectivas humanas no contrato social de Jean-Jacques Rousseau. In: COELHO NETO, Ubirajara (org.). **Marcos teóricos para a pré-compreensão do Estado moderno**: estudos em homenagem ao professor Aladir Cardozo Filho. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto, 2019.

¹⁷ SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 103-104. Segundo o autor, para Locke, o Poder Executivo, exercido pelo Rei, administra e realiza a atividade judicial. Contudo, ele considera a limitação do poder, em que “os poderes devem ser confiados a diferentes mãos, sugerindo um sistema de controle, pois não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar detenham o poder de exercer as leis, pois elas poderiam isentar-se da obediência às leis que fizeram [...]” (p. 105)

da liberdade política.¹⁸

Rousseau adota como substrato do seu O Contrato Social (1762) a formação do pacto social - *volonté générale* - para assegurar a liberdade e igualdade entre os homens e justificar toda forma legítima de poder. A democracia direta e a liberdade do homem estão diretamente ligadas a ideia de justiça distributiva dos bens públicos como saúde e educação.¹⁹

Assim, a sociedade moderna que sucede a medieval é marcada por avanços no campo econômico, social, político, científico, religioso, favorecendo o surgimento do Estado moderno secularizado e racionalista. O novo humanismo antropocêntrico posiciona o homem como valor absoluto, um fim em si mesmo na concepção Kantiana e “projeta a ideia de dignidade humana associada ao conceito de um sujeito moral, racional e autônomo, capaz de fazer livremente suas próprias escolhas, embasados em determinados princípios” e fundamentando suas ações no direito natural como manifestação da vontade humana.²⁰

Carlos Augusto Alcântara Machado²¹ aponta como marcos do constitucionalismo moderno e da perspectiva constitucional dos direitos fundamentais, a Declaração Americana de Virgínia, de 1776²² e a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²³, momento histórico de desmoronamento do período absolutista e de enobrecimento dos valores substanciais da liberdade, igualdade, propriedade e legalidade, além de representar a matriz histórica da Declaração Universal dos Direitos do Homem que viria a ser proclamada pela ONU em 1948.²⁴

¹⁸ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. *E-book*.

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Princípios do direito político. Tradução: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Pillares, 2013. *E-book*, Livro III, cap. XV.

²⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. O direito como expressão da natureza cósmica: Sófocles, Aristóteles e Cícero. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente**. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 86-104.

²¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: Fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017, p. 121.

²² O artigo 1º da Declaração de Direitos da Virgínia proclama que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos que não podem ser suprimidos ao passar em viver em sociedade. Cf. texto transcrito em COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*, cap. 4, p. 155.

²³ Para Sarlet, a aspiração universal e o maior conteúdo democrático e social da declaração francesa é a nota distintiva da pragmática declaração americana, citando notável doutrina de Kriele, para quem aquela logrou direitos humanos, enquanto esta, direitos fundamentais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 44.

²⁴ Nesse sentido, Cristina Queiroz demonstra que proclamações de direitos humanos foram se proliferando através de inúmeros protocolos, tais como: a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4.11.1950; os Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos e dos Direitos Econômicos e Sociais, de 1966, a Carta Americana dos Direitos do Homem, de 1981, a Carta Africana dos Direitos do homem e dos Povos, de 28.06.1981; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 7.11.2000, dentre outros. QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais**. Teoria geral. 2. ed. Portugal: Coimbra,

Na Europa, a Revolução Francesa do final do século XVIII foi o grande marco teórico de formação do Estado constitucional, representando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o maior instrumento ideológico que funda e fundamenta o Estado moderno sob o lema da liberdade, igualdade, fraternidade, supremacia dos direitos fundamentais e consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. A importância deste momento histórico traduz-se no nascedouro do constitucionalismo contemporâneo com a positivação de direitos naturais.

A Declaração francesa limitava o poder absoluto do soberano e consagrava o princípio constitucional dos direitos fundamentais ao consignar que “qualquer sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição.”²⁵ A certeza do direito e a segurança jurídica passam a integrar as franquias legais e o patrimônio jurídico da pessoa humana, aglutinados nos seguintes elementos objetivos da ordem jurídica: garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito.²⁶

Nesse sentido, o direito natural e os direitos do homem passam a figurar como expressão da razão humana e da própria condição de dignidade do indivíduo, agregado ao legado moral humano de forma *a priori*, independentemente do reconhecimento pelo Estado. Portanto, os direitos humanos possuem uma dimensão pré-estatal de direitos não positivados²⁷, fundamentando o próprio Estado.²⁸

Segundo Perez Luño, a substituição da expressão direitos naturais por direitos humanos foi idealizada por Thomas Paine durante a segunda metade do século XVIII e que

2010, p. 18.

²⁵ *Déclaration des droit de L'Homme et Du citoyen* 26 août 1789: Article 16 - Toute société dans laquelle La garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. (tradução livre). FRANCE. Ministère de la Justice. **Déclaration des droit de L'Homme et Du citoyen 26 août 1789**: Article 16. Disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-fondamentaux-10086/droits-de-lhomme-et-libertes-fondamentales-10087/declaration-des-droits-de-lhomme-et-du-citoyen-de-1789-10116.html>. Acesso em: 01 jun. 2018.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

²⁸ Para Bobbio: “Usualmente, para determinar a origem da declaração no plano histórico, é costume remontar à *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, votada pela Assemblée Nacional francesa em 1789, na qual se proclamava a liberdade e a igualdade nos direitos de todos os homens, reivindicavam-se os seus direitos naturais e imprescritíveis (a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão), em vista dos quais se constitui toda a associação política legítima [...] os homens têm direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que o Estado deve reconhecer e garantir como direitos do cidadão.” BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmem C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 363.

esta ruptura semântica teve importância para a constitucionalização dos direitos naturais em direito positivo, lembrando o autor que a Constituição espanhola de 1978 reservou os direitos fundamentais a “*Los ciudadanos*”.²⁹

Para o autor, os direitos humanos são aqueles reconhecidos nas Declarações e Convenções Internacionais, atendendo a um fundamento de caráter universal mais radicalmente vinculadas ao sistema universal das necessidades humanas, mas que ainda não foi objeto de positivação. Já os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, descrevendo o conjunto de direitos e liberdades jurídicas, institucionalmente reconhecidas e garantidas no direito positivo, fundamentando o sistema político do Estado de direito.³⁰

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis ressalta que os direitos naturais e os direitos humanos não se encontram, originariamente, positivados nas Constituições dos Estados: enquanto os direitos naturais constituem os direitos concebidos em um plano pré-positivo (direitos naturais), os direitos humanos figuram em um plano suprapositivo (direitos humanos).³¹

Sobre o tema, conclui Sarlet que o termo direitos humanos está evidenciado no plano supranacional de proclamação e enaltecimento das prerrogativas humanas, guardando relação com os documentos do direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ou seja, “apenas mediante um processo de ‘fundamentalização’ (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional”.³²

O fenômeno da positivação dos direitos fundamentais foi evidenciado por Carlos Augusto Alcântara Machado:

²⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013. *E-book*, Cap. 2. p. 13.

³⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013. *E-book*, Cap. 3. p. 5. O autor ainda supera a aparente objeção lançada por Fernandez-Galdino y Peces-Barba, no sentido de que repugna a consciência que a dignidade consagrada como direito humano fique na dependência da vigência de uma norma interna. Perez Luño conclui que a abordagem dos juristas admite os direitos fundamentais com fundamento em um sistema de valores prévio: “*el orden objetivo y universal de una axiología ontológica, em Fernández-Galiano; la filosofía humanista de signo democrático, em Peces-Barba.*”

³¹ DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 40.

Esta classificação será adotada nesta dissertação.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30-32.

A consagração de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos ocorreu paulatinamente e em estreita relação com a imperiosa necessidade de contenção do poder. Nesse cenário iniciou-se o fenômeno do constitucionalismo moderno e, como decorrência, assistiu-se ao asseguramento dos direitos fundamentais, antes destacados como direitos do homem – depois direitos humanos – ou, como referem alguns na atualidade, direitos humanos fundamentais.³³

Aponta o mencionado autor que somente após a primeira metade do século XIX, em função do “fenômeno da constitucionalização das declarações de direitos”, os direitos proclamados passaram a integrar o texto formal das Constituições, destacando-se a Constituição Belga de 1831 e do Brasil de 1824, anotando-se que esta primeira fase de constitucionalização foi marcada por uma ideologia “flagrantemente individualista”. No Estado concebido como liberal protegia-se a liberdade, os direitos ditos de primeira dimensão - civis e políticos -, através do dever de abstenção em face do indivíduo³⁴.

Anota ainda o autor que os direitos de liberdade não asseguravam a igualdade socioeconômica reclamada pela sociedade civil organizada. A igualdade era meramente formal, estabelecida no texto normativo e não concretizava a justiça social.³⁵ Os direitos do homem eram identificados como direitos do homem burguês, em favor de quem o direito de propriedade guardava a marca da sacralidade e inviolabilidade.

O avanço das relações de emprego e poder, a ampliação do processo de industrialização e a deterioração das condições de trabalho são elementos fundamentais na transição para o Estado Social de direito. Os direitos econômicos e sociais, denominados de segunda dimensão, foram inicialmente positivados nas Constituições de Weimar de 1919, e no México em 1917, surgindo o Estado Social com o escopo de superar as desigualdades sociais advindas do Estado liberal burguês.

Não obstante esta construção histórica, o fenômeno de internacionalização³⁶ dos direitos humanos, acoplado ao sistema de proteção do ser humano, só ocorreu após a

³³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: Fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris. 2017, p. 121.

³⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: Fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris. 2017, p. 122-123.

³⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: Fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris. 2017, p. 124-125.

³⁶ Destaca-se que a linha de evolução dos direitos fundamentais compõe a positivação, generalização, internacionalização e especificação, conforme Marcos Leite Garcia, apoiado na lição de Peces-Barba Martinez, ver GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. **Anais** [...] Fortaleza: Conpedi, 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/052.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

proclamação pelas Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948³⁷, fruto do entendimento da humanidade verificado após as graves violações e a banalização dos direitos humanos ocorridas com as intervenções bélicas do início do século XX, correspondentes a I Guerra Mundial e as atrocidades do regime totalitarista nazista.

O escopo da ordem internacional de proteção indicava a necessidade de proteção às minorias abatidas e desmoralizadas, a prevenção ao terrorismo e a criação de Cortes Internacionais Penais para julgamento de crimes de guerra, não olvidando o efeito vinculante que a Declaração impunha aos Estados membros, consagrando uma obrigação de *facere* no sentido dos Estados envidarem esforços para internalizar as garantias consagradas nas Declarações.³⁸

O sentimento de solidariedade e fraternidade presentes no pós-guerra fez surgir a categoria de direitos de terceira dimensão, dotados de “vocação comunitária”, como o direito   paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrim  nio comum da humanidade, o direito   comunica  o, o direito   autodetermina  o dos povos e o direito ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado, o direito   alimenta  o básica, o direito   educa  o fundamental, o direito   saúde física, o direito   higidez psíquica, e tantos outros.³⁹

Em uma concep  o abrangente, os direitos humanos compreendem todas as dimensões de direito que se afirmaram historicamente, figurando este reconhecimento no ápice da evolu  o humanista e da institui  o de sistemas de prote  o   dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado de direito, ultrapassando a concep  o individualista para alcançar o homem indistintamente, o ser coletivo, acoplado aos valores da comunidade.

Não se olvide a li  o de Antonio Enrique Perez Lu  o:

³⁷ Em estudo sobre a concep  o contemporânea dos direitos humanos, como legado da Declara  o Universal de 1948, Flávia Piovesan apontou o caráter universal dos direitos humanos, uma vez que a condi  o de pessoa   o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos, bem como a sua indivisibilidade: a garantia de direitos civis e políticos   condi  o para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. PIOVESAN, Flávia C. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/6566>. Acesso em: 25 maio 2018.

³⁸ Não apenas os horrores da guerra justificaram a prote  o internacional aos direitos humanos, mas também a necessidade de reconhecer o direito a autodetermina  o e descoloniza  o dos povos, os direitos da mulher, o genocídio, a tortura, a discrimina  o, e ainda as antigas manchas de viola  o ao g  nero humano como a escravidão, o tráfico de pessoas, os trabalhos forçados, os apatridias, como também as novas formas de agressão como o terrorismo, as pessoas desaparecidas, a contamina  o da liberdade pela tecnologia agressiva, cf. PEREZ LU  O, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013. *E-book*, Cap. 1, item 2, p. 12.

³⁹ BARROS, Sérgio Resende de Barros. **Três gera  es de direitos**. 2016. Disponível em: <https://www.srbarros.com.br/artigos>. Acesso em: 30 maio 2018.

No horizonte do constitucionalismo atual os direitos fundamentais desempenham, portanto, uma dupla função: no plano subjetivo seguem atuando como garantia da liberdade individual, embora a este papel clássico se inclua agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade, enquanto que no objetivo assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.⁴⁰

No Brasil, a aplicação da teoria dos direitos fundamentais se fez tardiamente e somente veio a integrar o discurso político nacional quando da instalação do Poder Constituinte originário de 1988. Os debates renderam frutos e a Constituição Federal promulgada em 1988 foi pródiga na positivação de direitos humanos consagrados e proclamados em diversos normativos e Declarações internacionais.⁴¹

A conquista da democracia e o reconhecimento de direitos fundamentais são marcos civilizatórios inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito, forjando a moderna teoria da Constituição que estabelece a necessidade de uma jurisdição constitucional interventiva que assegure a fruição do mínimo existencial - vinculado à dignidade humana - bem como a execução de políticas públicas distributivistas, conforme os lídimos objetivos republicanos elencados no art. 3º da Carta Magna.

⁴⁰PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013. *E-book*, Cap. 1. Item. 1, p. 6.: “*Em el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan,, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de La libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora La defensa de los aspectos sociales y colectivos de La subjetividad, mientras que en el o bjetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados*” (tradução livre).

⁴¹Com a redemocratização no Brasil, e fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 internalizou o sistema protetivo de direitos humanos. Assim, o Brasil em suas relações internacionais rege-se pelo princípio da “defesa da paz” (art. 4º, VI), bem como a “solução pacífica dos conflitos” (art. 4º, VII). De forma expressa conclama o direito ao desenvolvimento nacional (art. 3º, II) e, implicitamente, o assegura quando lança força ao princípio da “cooperação dos povos para o progresso da humanidade” (art. 4º, IX). Busca-se regionalmente a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina (art. 4º, parágrafo único). O direito ao meio ambiente vem destacado no art. 225 como direito difuso, ecologicamente equilibrado, constituindo dever de todos a sua preservação para as futuras gerações. O direito a comunicação vem difusamente contemplado na Carta, como as normas relativas ao direito de informação (art. 5º, XIV e XXXIII). É conhecida a posição do Supremo Tribunal Federal quanto a concepção geracional dos direitos, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164**. Relator Min. Celso de Melo, DJ 17.11.1995. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1606388>. Acesso em: 21 jul. 2018. Assentou o Relator Celso de Melo, *verbis*: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. Não se pode ainda olvidar que a Constituição de 1988 editou cláusula aberta (art. 5º, §2º), instituindo que além dos direitos e garantias expressos na Carta, não ficam excluídos outros decorrentes de tratados e acordos internacionais que o Brasil faça parte e que os direitos e garantias terão aplicação imediata (art. 5º, §1º).

Ultrapassada a fase do estado liberal e do constitucionalismo social, Carlos Augusto Alcântara Machado, ressaltando a pioneira doutrina de Carlos Ayres Britto, e após discorrer sobre o princípio da fraternidade nas Constituições estrangeiras, aponta a dimensão fraternal do novel constitucionalismo democrático brasileiro. O autor enaltece a Carta Política de 1988 como marco civilizatório do sistema jurídico nacional, diante da ruptura de paradigmas sem precedentes na história constitucional brasileira, sintetizando:

Assim, superando as tradicionais posturas estatais comprometidas com o asseguramento de direitos humanos fundamentais lastreados no valor/princípio liberdade (primeira dimensão – direitos civis e políticos), num primeiro momento do processo evolutivo, e, em seguida, no valor/princípio igualdade (segunda dimensão – direitos sociais, econômicos e culturais), o constitucionalismo, particularmente no Brasil, alcançou uma nova dimensão. Passou a consagrar direitos que transcendem a individualidade e visam ao disciplinamento jurídico de relações que não mais se limitam ao universo circunscrito ao homem-Estado ou Estado-homem (primeira dimensão), ou, ainda, homem-homem (segunda dimensão). Hoje, parte-se para a garantia de direitos que regulamentem a relação homem-todos os homens (terceira dimensão). As dimensões liberal e social de direitos (liberdade e igualdade) passaram a se desenvolver adensadas indissociável e reciprocamente entre si, mas catalisadas por direitos de fraternidade. Desta feita, os direitos humanos, como direitos subjetivos naturais, consagrados e explicitados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948 e em outros documentos internacionais de igual importância, tendo como núcleo a dignidade da pessoa humana, encontraram eco de posituação na Constituição de 1988.⁴²

A dimensão do constitucionalismo democrático fraternal tem orientado os tribunais brasileiros no acolhimento do princípio jurídico da fraternidade como fundamento dos seus julgados, inclusive no Supremo Tribunal Federal, conforme ampla pesquisa realizada por Clara Machado.

Conquanto a autora aponte uma falta de sistematização da matéria que vincule a aplicação do princípio pelos tribunais, destaca que a “máxima efetividade da fraternidade” vem servindo como inegável “vetor interpretativo para promoção e proteção de direitos fundamentais.”⁴³

A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, em especial os sociais prestacionais, deveria garantir o atendimento das necessidades vitais e da dignidade da pessoa humana, em razão da sua aplicabilidade direta e vinculação imediata às entidades públicas e privadas (art. 5§, 1º, CF/1988). Entretanto, a omissão estatal constitui fonte de

⁴² MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica:** Fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017, p. 137-139.

⁴³ MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade:** um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 115-124.

conflitos entre o indivíduo e o Estado, com reflexo direto na acionabilidade, característica do protagonismo Judiciário do século XX.

Segundo Ingo Sarlet, a fundamentalidade formal realça os direitos fundamentais no ápice do ordenamento jurídico, embora submetidos aos limites formais (procedimento rigoroso) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60, CF/1988). Já a fundamentalidade material concebe os direitos fundamentais como elemento constitutivo da Constituição material, “contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.”⁴⁴

Identificados assim os principais referenciais históricos que forjaram a trajetória dos direitos fundamentais na história da humanidade e sua positivação no texto constitucional brasileiro, faz-se necessário apontar o protagonismo do Poder Judiciário nos Estados contemporâneos, analisando-se a seguir a medida democrática da intervenção e limite do Judiciário protagonista no controle de políticas públicas.

Afirmados a força normativa da Constituição, os princípios constitucionais e a supremacia dos direitos fundamentais, estabelece-se o papel da jurisdicional constitucional nos Estados contemporâneos. Da solução dos conflitos individuais até as questões políticas e morais fundamentais para a sociedade, o Judiciário passa a efetivar as “promessas da modernidade” - os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

2.2 O papel do Poder Judiciário nos Estados contemporâneos

Este item, antes de constituir um enredo voltado à curiosidade histórica, tem relevante papel na compreensão do tema da ascensão institucional do Poder Judiciário, da expansão da jurisdição e da formação do juiz constitucional, uma vez que diz respeito a evolução da própria atividade judicial no curso da história constitucional moderna.

Desde que o juiz Marshall da Suprema Corte americana proclamou o reconhecimento do *judicial review* e da supremacia constitucional em 1803 no célebre julgamento *Marbury v. Madison*, o Poder Judiciário assumiu uma postura interventiva e tem sido acusado, pelo Poder Legislativo, de usurpar funções e ultrapassar limites, desvirtuando o sentido das leis de acordo com as concepções ideológicas de seus juízes e atuando como uma espécie de legislador

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 75-76.

paralelo⁴⁵, diante da modificação do conteúdo material da lei.⁴⁶

Nos regimes constitucionais do final do século XIX e primeira metade do século XX, o juiz não exercia atitude ativista em prol dos direitos fundamentais como hodiernamente se concebe - funcionava como um burocrata da lei, um aplicador cego da lei vigente.

No constitucionalismo liberal do Estado burguês (séculos XVIII e XIX) a aclamação dos direitos civis e liberdades individuais (fundamentais) e a separação dos poderes, na eliminação dos abusos do *Ancien Régime*, acarretavam ao Estado apenas o dever de abstenção – um não fazer - e os direitos fundamentais constituíam direitos de defesa do indivíduo contra ingerência do Estado na liberdade pessoal e propriedade.⁴⁷

Não se falava em garantia de direitos sociais, em dever prestacional do Estado ou legitimidade democrática do Judiciário na efetivação destes direitos, uma vez que a igualdade entre as pessoas era assegurada apenas formalmente, conforme mero conteúdo normativo. O período foi marcado pela resistência a qualquer consideração aos direitos sociais - o modelo jurídico era hostil a pressões populares ou opinião pública – e não havia ambiente político que despontasse o sentimento comunitário que poderia mover a inquietação judicial.

Muito pertinente a clássica afirmação de que o Estado Liberal tinha por escopo neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes, mantendo o juiz distante, apartado e “neutro na formação legislativa do direito e, se tais interesses não fossem atendidos, isso não era problema do magistrado que, simplesmente, aplicava a lei. O importante é que a lei fosse aplicada, independentemente do seu conteúdo.”⁴⁸

Portanto, a liberdade era um conceito vinculado à sacralização do direito de propriedade, segurança e liberdade de mercado, ausente a ideia de solidariedade estatal.

A consideração de que o juiz era um “escravo da lei” apegado a formalidade legal, sem preocupação com a justiça de suas decisões, correspondia a expressão do positivismo

⁴⁵ Expressão cunhada por André Ramos Tavares, conforme TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismoconstitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

⁴⁶ O STF não adota, como regra, a técnica de interpretação de decisões aditivas, uma vez que sua função é considerada de um legislador negativo, a quem é proibido acrescentar dispositivos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.822**, Relator Min. Moreira Alves, DJ 10.12.1999. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1707027>. Acesso em: 21 jul. 2018. Na ADI questionava-se a expressão um terço dos incisos I e II dos §§ 2º e 4º do art. 47 da Lei 9.504/97, tendo a decisão consignado: “A declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.”

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 174.

⁴⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 176.

clássico ou exegetico do século XIX e a aplicação desvirtuada do enunciado de Platão, desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”.

Esta concepção identifica o legalismo como garantia da justiça contra o arbítrio.⁴⁹

Ressalta Dalmo de Abreu Dallari que o positivismo no modelo liberal-individualista identifica-se como o movimento que encarava o direito positivo desconexo com a moral e a política. As conquistas liberais consubstanciadas na positivação de direitos fundamentais nortearam a submissão do Poder ao Direito e na proteção da dignidade da pessoa humana. Entretanto, permanecia o sistema legal sob o manto dos princípios da igualdade formal e garantia da liberdade, artificialmente fabricadas por um soberbo Parlamento, cuja racionalidade desprezava os imperativos ético-democráticos, desprezavam a justiça social, os direitos humanos e o interesse público.⁵⁰

Segundo Luis Roberto Barroso, até a II Guerra Mundial o modelo de Estado constitucional era o Estado legislativo de direito, em que a Constituição correspondia a um documento de cunho político sem força normativa, ou seja, sem aplicabilidade direta de suas normas e sem previsão de controle de constitucionalidades da legislação infraconstitucional pelo Judiciário. Vale dizer, não existia uma autêntica jurisdição constitucional, compreendida como “interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”.⁵¹

O impotente juiz limitava-se a decidir conflitos de natureza privada, sem relevância político-social. O protagonismo pertencia ao Parlamento, uma vez que não se vislumbrava a necessária legitimidade - outorga popular - do Judiciário para invalidar leis concebidas em um Legislativo eleito, tanto que no Brasil Império, na vigência da Constituição monárquica de 1824, o controle de constitucionalidade das leis repousava em mãos do Poder Legislativo, fato que perdurou até o advento da primeira Constituição republicana de 1891, sob os auspícios de Rui Barbosa, jurista que admirava o modelo constitucional americano.⁵²

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 81.

⁵⁰ Dallari convida ainda a uma reflexão para eliminação de “especulações filosóficas abstratas” na tentativa de purificar o pensamento da doutrina Kelsiana de redução do direito a um simples fórmula legal, refutando a coincidência do direito com a norma posta. Para o autor, a adesão simplista ao positivismo implica na eliminação da ética como pressuposto do direito, impactando na vida do juiz, na sua carreira, na indiferença perante as injustiças, na acomodação com os poderosos, na busca por privilégios e prestígio, reduzindo as cortes de justiça a tribunais de legalidade sem responsabilidade ética ou social. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 83.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 436-437.

⁵² SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2. ed. São Paulo: atlas, 2015, p. 9.

No Estado liberal, constituído sob o manto do estado minimalista, os direitos fundamentais se limitavam aos direitos de defesa⁵³ ou de abstenção.

A lei era fonte do direito, amoldando-se ao positivismo clássico, cabendo ao Judiciário a neutralidade do conteúdo da decisão, ou seja, a mera submissão do fato da vida à norma jurídica, expressão da função instrumental da jurisdição e da impossibilidade de se julgar *contra legem*.⁵⁴

O advento da sociedade tecnológica, a revolução industrial, a crise econômica, o pluralismo jurídico e político, a exploração dos trabalhadores, a superação do positivismo clássico⁵⁵, a massificação do consumo e a complexidade da vida humana no século XIX fez surgir o Estado Social ou Estado Providência, concebendo os direitos subjetivos como direitos individuais, passando-se a exigir do Estado proteção coletiva (direitos coletivos) e difusa (direitos difusos), atenuando a vetusta neutralidade política do Juiz que passa a concorrer com responsabilidade social para correção finalística das políticas públicas, inserindo-se como expressão do poder estatal constitucionalmente assegurada.⁵⁶

Neste momento, o incremento da litigiosidade representa a busca pela efetivação de direitos. Além de garantir os direitos e liberdades dos cidadãos, assume o novo Estado a realização do bem-estar e da justiça social.

O Estado gestor é chamado à ingente responsabilidade social na formulação de políticas públicas para atendimento das necessidades básicas e vitais do cidadão e garantia de

⁵³Na clássica lição de Robert Alexy o direito de defesa, ou direitos do indivíduo contra o Estado a ações negativas se dividem em 03 grupos: a) direitos ao não embaraço de ações, consistente em não impedir ou dificultar o exercício de direitos, como a locomoção, manifestação de crença, expressão da opinião, educação dos filhos; b) direitos a não afetação de características e situação: o Estado não deve intervir para alterar situações dos titulares dos direitos, como a inviolabilidade do domicílio e c) direitos a não eliminação de situações jurídicas, por exemplo, a não eliminação da possibilidade jurídica de aquisição ou transferência da propriedade. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 196-201.

⁵⁴FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, Brasil, n. 21, p. 12-21, may 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵⁵Apontando o pioneirismo de John Rawls em sua obra Teoria da Justiça, Ronald Dworkin, em Levando os direitos a sério e Robert Alexy na Teoria dos direitos fundamentais, o consagrado Luis Roberto Barroso aponta a objetividade científica do positivismo que equiparou o direito à lei causa eficiente de sua derrocada, germinando uma revisitação da influência Kantiana, a denominada ‘virada Kantiana’ da reaproximação entre ética e direito. O pós-positivismo “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspirados por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 14 jul. 2018.

⁵⁶FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, Brasil, n. 21, p. 12-21, may 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 10 jun. 2018.

uma vida digna, passando o juiz constitucional a exercer, com maior liberdade, o *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis).

Norberto Bobbio define o Estado do bem-Estar (*welfare state*) como o “Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político”.⁵⁷

Fica claro que no paradigma liberal o direito tinha a função ordenadora e a legislação constituía ponto de tensão nas relações entre Estado e sociedade, panorama profundamente alterado no Estado Social promotor de direitos e justiça social.

No Estado Democrático de Direito, com o enaltecimento do discurso jurídico axiológico e do elemento central da dignidade da pessoa humana, o sistema legal deixa de ter função ordenadora da estrutura do Estado e passa a ter função transformadora, em que o pólo de tensão transmuda-se para a jurisdição constitucional, que passa a conformar os atos legislativos e administrativos ofensivos aos ditames constitucionais, inibindo a atividade legislativa e a discricionariedade executiva, antes imunes a qualquer controle.⁵⁸

Assim é que no plano político restaram superadas as funções governamentais de controle, proteção e repressão típicos do Estado liberal, liberando-se o Poder Judiciário das amarras da legalidade estrita, do positivismo exegético e da atuação retrospectiva.

O juiz constitucional do Estado contemporâneo é chamado a exercer uma função socioterapêutica na proteção de direitos fundamentais. Ressaltando esta função e o “sentido promocional” dos direitos sociais e a modificação da concepção do controle social e político, evidencia Tércio Sampaio Ferraz Junior a característica prospectiva da atividade jurisdicional, fundada em postulados de justiça:

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ele impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupado com a consecução de finalidades políticas das quais ela não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura Lex sed*

⁵⁷ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmem C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 416.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível: em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 10 jun. 2018

Lex). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.⁵⁹

Esse sentido promocional dos direitos sociais, a exigir intervenção ativa do Estado, já havia sido observado por Cappelletti, que propõe como melhor técnica a prescrição governamental - “*Etat providence*”- de programas desenvolvimentistas futuros, prolongados no tempo, com escopo de remover barreiras sociais e econômicas, promovendo o aprimoramento humano. O autor adverte que os juízes da modernidade devem escapar da concepção tradicional de submissão do fato ao texto da lei, projetando a atividade jurisdicional de forma triunfal, como agente controlador dos atos dos demais poderes, promovendo diretamente a justiça social.⁶⁰

No Estado liberal o Poder Judiciário era neutralizado pela força narrativa do postulado da separação de poderes e pela aplicação do direito mediante a subsunção automática dos fatos às normas legais, permanecendo estático diante do protagonismo político do Legislativo. No século XX, a chamada desneutralização política do Judiciário fez com que juízes avaliassem o elemento finalístico da atividade pública – passando a proteger e garantir a democracia e os direitos fundamentais.

Segundo Eduardo Cambi, o fenômeno da desneutralização política do Judiciário pode se transformar no indesejável governo de juízes não eleitos - não submetidos a mandatos fixos – que gozam das garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade. Além do mais, não haveria qualquer garantia de que o governo dos juízes fosse moralmente melhor que o governo dos representantes eleitos. A questão principal seria o modo como os juízes realizam a prática interpretativa na consideração de normas e princípios constitucionais de textura aberta que admitem várias interpretações, acarretando a grave questão da legitimação de suas decisões.⁶¹

Na verdade, este receio apontado pelo jurista não tem aplicação ao sistema político brasileiro em que a questão democrática da legitimação das decisões judiciais decorre da

⁵⁹FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, Brasil, n. 21, p. 12-21, may 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 10 jun. 2018, p. 19.

⁶⁰CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 45-47.

⁶¹CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 197.

opção do Poder Constituinte Originário - fruto da vontade soberana da sociedade - que estabeleceu, naquele momento histórico, as bases da jurisdição constitucional.

Além disso, a forma democrática de ingresso na magistratura, através de rigorosos concursos públicos, gera o efeito democratizador nas fileiras do Poder. O Juiz passa a ter o dever de motivação das decisões judiciais, através do qual se exerce o controle político da sociedade sobre o conteúdo do julgado. Assim é que a garantia de direitos não pode ficar ao exclusivo alvedrio de maiorias parlamentares, sob pena de aniquilamento do direito das minorias - comumente identificados com os direitos fundamentais.

Diante da autosuficiência normativa da Constituição Federal de 1988 e do leque de direitos fundamentais sociais positivados, estabeleceu-se o imperativo da responsabilidade estatal na promoção da justiça social, o que se fará através de formulação de políticas públicas distributivas.

A postura hermenêutica do julgador, na interpretação e aplicação da Constituição, demonstra que a hodierna ordem constitucional autoriza um equilibrado e moderado ativismo judicial, não havendo espaço para a passividade judicial, como não há para intervenções judiciais desenfreadas, ilimitadas e antidemocráticas, devendo-se construir um espaço legítimo no âmbito das difíceis questões debatidas pelos tribunais, visando estabelecer um processo dialógico e coordenado entre os Poderes em prol das relevantes questões constitucionais.

A centralidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem conduzido a inegável contribuição do papel ativo do juiz na consolidação do discurso da hegemonia dos direitos fundamentais, fazendo com que a sociedade perceba o alcance das decisões e a importância de temas que fazem parte do dia a dia da população, como a dignidade da pessoa humana, segurança, saúde, solidariedade social, etc.⁶²

Conforme será demonstrado, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a omissão inconstitucional do Estado na concretização de direitos fundamentais sociais, admite-se o controle judicial de políticas públicas, conformando o ato hostilizado aos ditames da lei e da Constituição na busca da efetividade da Carta Magna e da concretização de direitos.

⁶²Este papel foi acentuado pelo amplo acesso ao sistema judicial, em decorrência de dois fatores primordiais: a) a ampliação dos instrumentos jurídicos constitucionais à disposição da sociedade, a exemplo da ADI, o habeas-data, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, dentre outros e b) a ampliação do rol dos legitimados à tutela jurisdicional constitucional (art. 103, CF/1988, com redação da EC/45).

2.3 O protagonismo do juiz constitucional e o controle de atos e políticas públicas

Na concepção do juiz Aharon Barak da Suprema Corte de Israel, um dos papéis fundamentais do Judiciário é a defesa da Constituição e da democracia, compreendida esta como função primordial tanto nos sistemas do *civil law*, quanto nos sistemas do *common law*. Para o autor, o protagonismo judicial reflete esta função de proteção da democracia, em geral, e dos direitos humanos, em particular, não se podendo afastar esta característica judicial das democracias em desenvolvimento.⁶³

No mesmo sentido, ao tratar do liberalismo político, John Rawls anuncia o relevante papel dos Tribunais Constitucionais na ambiência de uma sociedade democrática e que persegue a justiça distributiva e social. Segundo Rawls, a decisão quanto ao controle de constitucionalidade constitui um “caso exemplar” do que ele denominou de “ideia de razão pública”, uma vez que no regime de democracia constitucional, o discurso público dos juízes corresponde ao discurso de legitimação - dever de justificação e motivação - sendo a motivação instrumento de que se vale a sociedade para exercer o controle social da atividade jurisdicional.⁶⁴

Assim é que o Estado Democrático idealizado com a Constituição Federal de 1988, na confluência entre o Estado liberal e o Estado social, trouxe o paradigma da constitucionalização de direitos e o enaltecimento da função judiciária na defesa da democracia e concretização de direitos fundamentais.⁶⁵

⁶³ Segundo Aharon Barak: “*The second role of judge in a democracy is to protect the constitution and democracy itself. Legal systems with formal constitutions impose this task on judges, but judges also play this role in legal systems with no formal constitution [...] If democracy was perverted and destroyed in the Germany of Kant, Beethoven, and Goethe, it can happen anywhere. If we do not protect democracy, democracy will not protect us [...] The protection of democracy is, I believe, a priority for many judges in modern democracies. Judicial protection of democracy in general and of human rights in particular is a characteristic of most developing democracies.*”. BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006. *E-book*, Cap.2, p. 1.

⁶⁴ A fundamentação filosófica de John Rawls persegue uma justificativa à obrigação do Estado na garantia de acesso ao indivíduo a recursos materiais para suprir suas necessidades básicas, em uma sociedade bem ordenada, composta de cidadãos livres e com direitos e consideração iguais, ressaltando o atendimento às necessidades indispensáveis para que os cidadãos compreendam e sejam capazes de exercer direitos e liberdades básicas, cobertas pelo que o autor chamou de mínimo social que corresponde ao mínimo existencial para uma vida com dignidade. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 254.

⁶⁵ Eduardo Cambi aponta o Brasil como um país de modernidade tardia, onde não se efetivam direitos e que “A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. Nos países periféricos, o Judiciário deve ser co-responsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos, e consequentemente, mais

A redemocratização do país, além de consolidar as prerrogativas da magistratura, ressaltou o papel político da atuação jurisdicional, dividindo o espaço público com as demais esferas de poder. Não olvidar o incremento da cidadania e a explosão da litigiosidade⁶⁶, que, a despeito de representar significativo aumento de processos distribuídos aos tribunais, tornou-se um forte indicativo da credibilidade e confiança da população em seus juízes.

O florescimento da jurisdição constitucional se intensificou com o avanço do constitucionalismo democrático no século XX, verificado após a Segunda Guerra Mundial, em que o sentimento de Constituição se avivou na sociedade e os Estados contemporâneos promulgaram estatutos políticos estabelecendo um catálogo de direitos fundamentais, com previsão de um órgão Judiciário independente para dar efetividade a estes direitos e garantias, sempre que as demais esferas se omitirem em seus deveres constitucionais.

Assim, a função jurisdicional passa a se justificar através da teoria da Constituição dirigente⁶⁷, da aplicação e interpretação de regras e princípios, tais a unidade da Constituição, efeito integrador, força normativa máxima, conforme lição de Konrad Hesse⁶⁸, garantindo-se que a Carta Política não seja percebida como uma folha de papel, na magnífica expressão de Ferdinand Lassalle.⁶⁹

Segundo Kildare Gonçalves Carvalho, a compreensão da jurisdição constitucional no âmbito do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo altera paradigmas positivistas e passa a considerar a nobreza do “valor” e não da norma, a ponderação no lugar da subsunção, a centralidade da Constituição que irradia princípios a todo o sistema normativo e o critério

distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social.” CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 182.

⁶⁶O Brasil é um país com alto grau de litigiosidade, em que funcionam mais de 100 (cem) tribunais independentes, 05 (cinco) níveis de justiça e 04 (quatro) instâncias, abarrotando o Judiciário com mais de 100 milhões de processos tramitando, segundo informe do CNJ (2017) em pesquisa produzida no projeto “Justiça em Números”. Esse estado de coisas prejudica a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, em função da ausência de sistematização do próprio sistema de justiça.

⁶⁷Expressão cunhada por JJ Gomes Canotilho para quem a Constituição dirigente apresenta um conteúdo programático-constitucional para além das garantias liberais de organização do Poder e distribuição de competências, mas que atribui ao Estado a realização da justiça social. Segundo Ingo Sarlet, o contexto do constitucionalismo dirigente permanece nos países periféricos, em que pese a revisão substancial da tese pelo jurista português, continuando a se caracterizar “como expressão de um Estado democrático e social de Direito, não havendo como renunciar ao cunho vinculante e, nesse sentido, necessariamente dirigente da atuação estatal, de todas as normas constitucionais, inclusive (e especialmente) as que versam sobre direitos sociais. Justamente por nos filiar a esta segunda corrente [...] é que optamos por colocar os termos fracassado e superado (vinculados à Constituição dirigente) entre aspas, já que seguimos convictos [...] que o constitucionalismo dirigente continua a cumprir um papel de relevo entre nós.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 27, nota 463.

⁶⁸HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁶⁹LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Editora Pillares, 2015. *E-book*.

hermenêutico da máxima eficácia constitucional. Atende, assim, à força normativa e principiológica da Constituição, expandindo a própria jurisdição e desenvolvendo uma nova dogmática da hermenêutica constitucional.⁷⁰

Assevera Antoine Garapon que o Judiciário se tornou credor da democracia. Como as promessas da modernidade não foram atendidas pelo Estado, o Judiciário se tornou o único espaço em que o cidadão reivindica direitos, inclusive com capacidade de interpelação do próprio governante. Em juízo, o Estado não é o senhor onipotente, titular absoluto de soberania. Responde por seus atos em igualdade de armas.

Nesse sentido, pontua o filósofo francês:

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. [...] O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual 'um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto'. Esta promoção parece inscrita no próprio desenvolvimento das sociedades democráticas. É, portanto, aí, na evolução do imaginário democrático, que se devem buscar as raízes profundas da ascensão do juiz.⁷¹

No Brasil, o cenário expansivo da jurisdição constitucional e de judicialização da política tem conduzido o Supremo Tribunal Federal a um protagonismo nunca visto, no enfrentamento de relevantes questões sociais, morais e políticas.

Evidentemente que não se pretende, com essa supremacia judicial, o agigantamento de um Poder e o minimalismo das funções das demais esferas institucionais, o que comprometeria o princípio da separação de poderes que, ao lado dos direitos fundamentais, integram o núcleo essencial da Constituição brasileira (art. 60, §4º, III e IV). Da mesma forma, a autocontenção judicial, caracterizada como conduta que impõe limite ao ativismo, equilibra e aprimora o debate institucional e o respeito ao espaço de atuação dos demais poderes.

⁷⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Controle de constitucionalidade: aspectos contemporâneos. **Estudos de direito constitucional em homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 155.

⁷¹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**: O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 48.

Entretanto, tanto o administrador público, quanto o legislador estão sujeitos a fiscalização e controle por parte do Judiciário, independentemente do mérito dos atos legislativos e administrativos, uma vez que as manifestações estatais estão vinculadas as finalidades estabelecidas na Constituição Federal, cuja normatividade alcança, inclusive, os atos políticos, não tendo mais sentido a vetusta distinção entre atos exclusivamente políticos, ou quase políticos, sendo inafastável a jurisdição, a teor do art. 5º, XXXV, CF/1988.⁷²

Dentro do tema deste trabalho, observa-se que a superação do paradigma positivista exegético da ciência jurídica e a adoção de uma postura principiológica do direito valorizaram o elemento jurídico-constitucional e possibilitaram forte atuação do Judiciário quanto a formulação, implementação e correção de políticas públicas constitucionais, sempre que o poder político se afastar dos objetivos constitucionais.

Anote-se que permanece preservado o exercício do poder político soberano, não se imiscuindo a atividade judicial no conteúdo material das deliberações políticas do poder, uma vez que o controle jurisdicional de políticas públicas ocorre no plano fático, empírico, diante do caso concreto que identifica o desrespeito aos objetivos constitucionais, ou constata a inércia do agente público ao não efetivar direitos, ou não preservar a dignidade humana, embora a este desiderato esteja obrigado.

Vale transcrever trecho do julgado do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema:

Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os Poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional [...] Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.⁷³

⁷²A hipótese mais emblemática de superação da teoria dos atos eminentemente políticos está no controle de constitucionalidade em relação aos requisitos constitucionais da relevância e da urgência para a edição das medidas provisórias, quando flagrantemente inconstitucionais, excedendo o poder de legislar, cf BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n° 162-DF**. Distrito Federal. Relator: Min. Moreira Alves. DJ, 19.09.1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1493213>. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AEsp n° 73654/SP** São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. DJ, 03.04.2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500445395&dt_publicacao=02/06/1997. Acesso em: 12 fev. 2019.

É certo que o argumento da incapacidade institucional do Poder Judiciário no controle de políticas públicas é recorrente, gerando uma presunção de maior capacidade técnico-operacional dos demais órgãos e agentes. Conforme se verá, esta objeção não prospera: a uma porque o aparato técnico pode se fazer através de amplos instrumentos processuais, em especial, no âmbito das ações coletivas ou abstratas, tais como a ação direta de (in) constitucionalidade, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, dentre outros; a duas porque a decisão política adotada pelo administrador pode não corresponder a melhor opção constitucional, cuja avaliação compete ao Judiciário.

A sociedade civil organizada confia e compreende a legitimidade desta ação invasiva do Judiciário. Afirma-se que o país vive uma cultura de litigiosidade. Nada mais falacioso. A litigiosidade, comprovada pelo incremento significativo de processos, perante um Judiciário carente de meios tecnológicos suficientes para dar vazão à demanda, representa o sentimento de confiança da população em seus juízes, profissional que sofre um grande controle social, seja através de suas Corregedorias, seja através dos órgãos de imprensa, exigindo dos juízes esforço aditivo para afirmar a legitimidade de sua função. As decisões motivadas, impessoais e os julgamentos públicos favorecem a função jurisdicional.

Nesta quadra, a edição de micro sistemas legais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, o Estatuto da Criança e Adolescente, aproximou o cidadão do sistema de justiça. O acesso ao sistema é gratuito, admitindo-se, por vezes, o *jus postulandi*, facultando ao próprio cidadão a materialização de sua demanda, diretamente nos balcões das inúmeras unidades jurisdicionais espalhadas pelo país, sem necessidade de intermediação de advogados. Além disso, são normativos que protegem o direito das minorias, incrementando ainda mais a visibilidade do Judiciário.

Além do mais, embora diante de fatos extremamente lamentáveis para a vida da democracia, constata-se que os desmandos e a corrupção sistêmica envolvendo partidos e líderes políticos, acabaram por impulsionar uma representatividade positiva do Poder Judiciário, tendo em vista que o número de juízes punidos por órgãos de controle é infinitamente menor do que os deslizes cometidos por membros do Executivo e do Legislativo.⁷⁴

⁷⁴Em 11 anos de funcionamento, o Conselho Nacional de Justiça aplicou 87 punições a magistrados e servidores. (EM 11 ANOS, CNJ aplica 87 punições a magistrados e servidores. **Notícias CNJ**, Brasília, DF, 28 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87087-em-11-anos-cnj-aplica-87-punicoes-a-magistrados-e-servidores>. Acesso em: 12 jan. 2019.)

O incremento da cidadania se faz pela ampliação da participação do povo nos processos decisórios. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representante eleitos ou diretamente (art. 1º, parágrafo único da CF/1988). Para compensar o déficit democrático do Judiciário, o sistema constitucional propicia a abertura do processo decisório, incluindo relevantes segmentos da sociedade no debate jurídico de grandes questões nacionais, no qual a sociedade participa da elaboração da decisão, seja através de audiências públicas, seja pelo *amicus curie*.⁷⁵

Observa-se que a Lei nº 13.655, de 25.04.2018 introduziu no sistema decisório um controvertido fator hermenêutico, consistente em uma concepção consequencialista pragmática. Vale dizer, o administrador e o juiz, na decisão sobre políticas públicas, não poderão decidir com base em valores jurídicos abstratos sem considerar as consequências práticas da decisão, notadamente as de ordem econômica e financeiras, observando-se as dificuldades reais do gestor.

Este trabalho confrontará a interpretação desta novel legislação com o conteúdo humanístico e principiológico que qualifica o texto constitucional, notadamente diante da necessidade do Estado cumprir os republicanos objetivos estabelecidos em seu art. 3º, protegendo e realizando, na maior medida do possível, os direitos sociais fundamentais, garantindo-se o mínimo existencial.

A Constituição de 1988 fixou como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF/1988): I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O cumprimento destes objetivos atende ao ideal de justiça social e se materializa mediante políticas públicas, programas e metas governamentais. Logo, as políticas públicas correspondem ao instrumento de que dispõe o Estado para consecução de seus objetivos, cabendo ao Judiciário investigar a idoneidade dos atos estatais no cumprimento deste mister.

Nesta quadra, o controle judicial das políticas públicas tem sido amplamente admitido quando em jogo direitos fundamentais vinculados ao mínimo existencial.

⁷⁵O Supremo Tribunal Federal realiza seguidamente audiências públicas para auxiliar no julgamentos de complexos temas, como na ADPF nº 186 e RE nº 597.285 (ações afirmativas) e na ADPF nº 54 (interrupção da gravidez de feto anencéfalo).

Como os direitos fundamentais passaram a constituir elemento central de todo sistema constitucional, proclamando um vinculante conjunto de valores de imediata e irrecusável aplicação por todos os poderes do Estado, tornaram-se, eles mesmos, posições jurídicas tão importantes que a sua garantia não pode ser deixada ao alvedrio do administrador ou das maiorias parlamentares, fortalecendo a posição jurídico-prestacional do indivíduo na acionabilidade judicial.⁷⁶

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, a legitimação das decisões judiciais, que muitas vezes afetam a liberdade, a situação familiar, o patrimônio das pessoas, é uma dádiva do povo, através da Constituição. A legitimidade da função judicial para interpretar e aplicar normas está na cláusula constitucional da garantia jurisdicional e a legitimação das decisões deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo os direitos e decidindo com justiça. Não sendo assim, corre-se o risco de transformar a Constituição em um “latifúndio improdutivo”.⁷⁷

Ao exercer um protagonismo ativista, amplo e abrangente, a jurisdição constitucional elimina o dogma do juiz que representa *La bouche de La loi* e expande os sentidos de valores como a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, passando a exigir do Estado respeito e concretização aos direitos fundamentais, impondo os correlatos deveres negativos (abstenção) e positivos (prestação).

André Ramos Tavares assevera o caráter intervencionista do novo Estado democrático em que o juiz constitucional, inserido no sistema jurídico inclinado para valores comunitários, está predestinado a defender a vontade constitucional e sua supremacia, através de regras e princípios, sendo convocado a implementar direitos fundamentais, observada a regra de competência do processo constitucional, cabendo-lhe sanar as omissões materiais imputadas à Administração Pública.⁷⁸

Assim, como fenômeno cultural e histórico, o protagonismo do Judiciário deve ser compreendido no âmbito da concepção política, social e jurídica de cada país. Estefânia Barbosa ressalta que no Estado democrático de direito, diferentemente do Estado Social que reservava ao Executivo, privativamente, a implementação de políticas públicas, houve uma delegação deste poder-dever ao Poder Judiciário que detém a última palavra na efetivação dos

⁷⁶CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 26.

⁷⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87.

⁷⁸TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismoconstitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

direitos fundamentais estabelecidos na Carta Política.⁷⁹

De guardião de direitos individuais e coletivos, o Poder Judiciário passou a remodelar a consecução dos objetivos governamentais, através da ação interventiva em políticas públicas, superando a vetusta passividade da jurisdição. No campo do controle judicial das políticas públicas, Henrique Ribeiro Cardoso elenca as premissas e técnicas que repercutem na prestação jurisdicional:

a) nova compreensão da inafastabilidade do controle jurisdicional; b) extensão e aplicabilidade do fundamento da República – dignidade da pessoa humana; c) atribuição de força normativa à Constituição; d) compreensão dos valores/princípios constitucionais como espécies de normas de direito; e) neoconstitucionalismo, colocando a Constituição como fonte normativa que se espalha por todos os âmbitos do direito; f) garantia do mínimo existencial, extraído do princípio da dignidade humana, pelo qual cabe ao Estado garantir ao cidadão uma parcela mínima imprescindível à existência do indivíduo; g) vedação ao retrocesso, aplicável às escolhas ordinárias da Administração, bem como à implementação de políticas públicas; h) regra ou princípio da proporcionalidade, com sua necessária ponderação em hipótese de conflito de direitos fundamentais ou mesmo de políticas públicas; e i) adoção do princípio da razoabilidade (para alguns, da irrazoabilidade).⁸⁰

A omissão do Executivo e do Legislativo na implementação de programas e políticas constitui um *déficit* democrático que não pode subsistir. A sindicabilidade judicial foi impulsionada justamente para eliminar a “postura absenteísta próprio do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.”⁸¹

O Judiciário não pretende intervir apenas por intervir na funcionalidade dos outros Poderes, ingressando nos domínios exclusivos das demais esferas. Sua função precípua vincula-se a observância dos valores substanciais da Constituição, preservando a parcela de autonomia institucional do Parlamento e as legítimas opções do Executivo.⁸²

⁷⁹BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. 2005. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

⁸⁰CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 20-21.

⁸¹STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 281, maio/ago. 2003.

⁸²Nesse sentido, adverte Marcelo Neves em entrevista a revista Conjur: “Minha posição é um pouco ambivalente quanto a isso. Considero fundamental a concretização da Constituição. Sem dúvida, o Legislativo e o Executivo não estão atuando de maneira adequada nesse processo. O Judiciário, portanto, passou a assumir essa responsabilidade. Em princípio, não afirmo que o Judiciário não deve preocupar-se com essa concretização e lutar pela realização constitucional. O que me preocupa é a crença de que, com a fortificação do Judiciário, isso possa levar a transformações mais profundas se não houver respostas em outro plano nos outros poderes. A concretização constitucional depende de um trabalho conjunto de integração, de colaboração entre os três poderes. O que se está criando é a crença de que problemas constitucionais básicos apenas podem ser resolvidos a partir do Judiciário.” HILDAR, Rodrigo. O justo e o direito. “Acesso à justiça não é só o direito de ajuizar ações”. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de julho de 2019. Disponível em:

A compreensão desta expansão do Judiciário foi impulsionada pelo constitucionalismo democrático. Superado o positivismo exegético, concebe-se o fenômeno jurídico através de uma nova dimensão, uma dimensão material de afirmação da força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e da distinção dos direitos fundamentais, com seus respectivos instrumentos assecuratórios. A justiça constitucional se fortalece nesta “valorização do jurídico” e o Estado Democrático de Direito surge como uma síntese dos sistemas anteriores, na necessidade de promoção da igualdade, justiça social, redimensionando a clássica relação entre os Poderes do Estado.⁸³

Esta concepção que homenageia a jurisdição constitucional no moderno arranjo institucional e político dos Estados contemporâneos não concebe a usurpação ou assunção das demais funções estatais pelo Judiciário, uma vez que a atividade judicial está limitada a uma atuação subsidiária e cooperativa em relação a outros sistemas sociais⁸⁴ e demais poderes.⁸⁵

Essa ideia de cooperação entre as esferas de Poder e a sociedade civil é salutar e deve ocorrer para propiciar auxílio à solução de temas complexos, em especial a necessidade de aparato técnico para compreensão dos componentes fáticos de determinada política pública, cuja complexidade poderá embaraçar a adequada tutela jurisdicional.⁸⁶

<https://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>. Acesso em: 14 fev. 2019.

⁸³ Para Lenio Luiz Streck esse redimensionamento fez surgir “o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais ad hoc) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p.257-301, maio/ago. 2003.

⁸⁴ O Poder Judiciário por certo enfrenta dificuldades operacionais e tecnológicas, necessitando de parceria e acordos com outros atores e ciências sociais para subsidiar seus julgamentos. Na concepção sistêmica de Luhmann, o sistema jurídico é complexo, reproduz-se por autopoiesis e precisa se abrir e manter a comunicação social com outros sistemas sociais para a compreensão da complexidade de temas sociais, cf QUEIROZ, Marise Costa de. **O direito como sistema autopoietico**: contribuições para sociologia jurídica. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 46, p. 77-91, jul. de 2003. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/23488105/-marise-costa-de-queiroz-o-direito-como-sistema-autopoietico-contribuicoes-para-a-sociologia-juridica>. Acesso em: 14 fev. 2019.

⁸⁵ Cristina Queiros adverte que a intervenção judicial observa sempre o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o administrador e legislador detêm a primazia na configuração, execução e conformação jurídico-normativa de direitos econômicos e sociais, uma vez que a determinação dos meios orçamentários e financeiros é verificada em escala de competência constitucional, cf. QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais**. Teoria geral. 2. ed. Portugal: Coimbra, 2010, p. 185.

⁸⁶ Segundo Sarlet, “As observações precedentes, assim com a já apontada necessidade de interação entre o Poder Judiciário, outros órgãos estatais e a sociedade civil, apontam para a oportunidade das concepções que propõe a instauração de uma espécie de diálogo institucional, que, embora não possa, no nosso sentir, justificar uma exclusão do controle judicial, à feição de uma nova doutrina da separação de Poderes, apresenta a faceta positiva, desde que bem manejado, de, mediante o aproveitamento máximo das capacidades institucionais de dada ator envolvido, auxiliar na promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais”, cf. SARLET,

O caráter subsidiário e cooperativo da jurisdição constitui característica fundamental no controle judicial de atos e políticas públicas, uma vez que não é função típica do Judiciário elaborar a norma⁸⁷, ou substituir as legítimas escolhas administrativas, promovendo a distribuição de bens ou a execução de políticas públicas, até porque a decisão judicial ativista, em regra, constitui fonte de despesa pública e não de receita.

O ativismo judicial tem sido fortemente combatido pelos atores políticos. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.754/2016 que tipifica crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. São rotineiros ataques à democracia e aos direitos fundamentais, sobretudo por ressuscitar o vetusto crime de hermenêutica, quando o Juiz, por sua dissidência, era responsabilizado criminalmente por dar efetividade à Constituição.⁸⁸

Na concretização de direitos fundamentais, a doutrina constitucional contemporânea, aponta, primordialmente, dois fenômenos abrangentes, e intimamente vinculados, que caracterizam a expansão intervencionista da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário: a judicialização e o ativismo judicial.

A judicialização da política, forjada pela redemocratização, pelo constitucionalismo abrangente (consagração de direitos) e o *judicial review*, corresponde a circunstância de transferência para o Judiciário de solução de relevantes questões públicas que não foram enfrentadas nas arenas políticas, inclusive por conveniência.⁸⁹

Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 380.

⁸⁷O Supremo Tribunal Federal adota a concepção de que o Judiciário deve apenas legislar negativamente para não comprometer o princípio da separação dos poderes: “Não só a corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também não pode declarar a inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isto ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem que alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle dos atos normativos só lhe permite agir como legislador negativo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 896**. Distrito Federal. Relator Min. Moreira Alves. DJU, 16.02.1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1568083>. Acesso em: 18 jan. 2019.

⁸⁸ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A lição de Rui: crime de hermenêutica, a hipótese do absurdo. **Revista de Direito Renovar**, v. 16, p. 31-36, jan./abr. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8429>. Acesso em: 15 maio 2018.

⁸⁹Barroso assevera que a judicialização possui 03 causas imediatas: primeira causa, o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente nas democracias modernas, o que se verificou particularmente no Brasil; a segunda causa envolve a crise de representatividade e de funcionalidade do Parlamento e a terceira causa diz com certa conveniência do Parlamento em deixar que o Judiciário solucione questões polêmicas que apontem um “desacordo moral razoável na sociedade”, evitando o desgaste institucional. No mais, com a Constituição analítica brasileira e o fenômeno da constitucionalização do direito, sensibilizaram-se pretensões perante o Judiciário. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.

Já o ativismo judicial se relaciona com o modo como os juízes atuam politicamente, interpretam a Constituição e ditam a resposta correta. O ativismo não é postura política; é atitude proativa, expansiva e hermenêutica das leis e da Constituição⁹⁰, em regra vinculada a uma concreta interferência na atuação dos demais poderes.⁹¹ E como a ideia do ativismo está associada a ação incisiva do Judiciário na concretização de valores e objetivos constitucionais, o fenômeno ganha foros de legitimidade, notadamente por proclamar a supremacia das normas constitucionais.⁹²

A democracia e os direitos fundamentais consagrados na Constituição exigem forte comprometimento do Judiciário. Por outro lado, a confiança do legislador no prestígio do Estado-Juiz está configurada na disponibilidade de inúmeros instrumentos processuais em favor do cidadão, ampliando a acionabilidade ao Judiciário.

Segundo Fabio Konder Comparato, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário como único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral é o prestígio público, fundado no amplo respeito moral que os juízes inspiram no povo, característica fundada na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal exerce as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.⁹³

Direitos são tutelados através do processo judicial, modernamente compreendido como método que estimula a cidadania na discussão das relevantes questões nacionais⁹⁴, favorecendo uma relação processual comunicacional, cooperativa, aberta e construída sob a

439.

⁹⁰BARROSO, Luis Roberto. **Um outro país**: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 409.

⁹¹Exatamente pela reciprocidade de intercâmbio entre os dois institutos é que a judicialização da política está fortemente ligada ao ativismo judicial, pelo que a negativa da jurisdição para os casos difíceis pode conduzir ao passivismo judicial, levando ao abandono da judicialização da política, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*, cap. IV, 3.2.1.

⁹²O termo ativismo ainda carrega um sentido pejorativo, como se constata no artigo de Luiz Flavio Gomes ao considerar o fenômeno “uma espécie de intromissão indevida do Judiciário [...]”. GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 18 jan. 2019.

⁹³COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 51, n. 18, 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004/11576>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁹⁴Segundo Eduardo Cambi: “Para a construção de uma sociedade onde se sobressaíam os valores éticos e emancipatórios contidos no texto constitucional, o processo deve ser pensado sob o enfoque da cidadania ativa e solidária. A existência de um processo cooperativo depende de um juiz isonômico na condução do diálogo processual, isto é, que observe rigorosamente o contraditório antes de tomar qualquer decisão (mesmo as que envolvam questões de ofício), mas assimétrico quanto às decisões, a fim de fazer respeitar a autoridade do Estado na resolução dos conflitos, além das necessárias garantias judiciais da independência e da imparcialidade, sem as quais não há processo tampouco decisões justas, cf. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

égide de garantias processuais constitucionais.

O direcionamento de questões fundamentais do Estado e a garantia do desenvolvimento da nação (humano e social) estão contidos na advertência de Henrique Ribeiro Cardoso, de que a Constituição deve ser compreendida como uma espécie normativa e que diante de sua força vinculante, eventual caráter programático da norma não abala a efetivação de direitos fundamentais, autorizada a ampla adjudicação de políticas públicas.^{95, 96}

2.4 O argumento pragmático na Lei nº 13.655/2018 e o mínimo existencial

No sentido axiológico do ativismo judicial, cujas características serão oportunamente tratadas, juízes e tribunais podem afetar as deliberações dos órgãos que representam maiorias políticas, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas na preservação de um direito fundamental (mínimo existencial) ou para dar cumprimento a alguma lei existente, em razão do caráter normativo dos princípios, orientação do constitucionalismo democrático.

Permanece suficiente este arcabouço principiológico do neoconstitucionalismo para justificar a ampla intervenção judicial no controle de atos e políticas públicas? Ou o critério consequencialista, inaugurado com a Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018, superou a perspectiva principiológica de Ronald Dworkin instituindo o paradigma do pragmatismo?⁹⁷

Na presente quadra histórica, permanece hígido o papel moderador do Poder Judiciário na manutenção do equilíbrio social. O Supremo Tribunal Federal, realizando o ativismo de forma moderada, vem decidindo questões morais e políticas não solucionadas em outras esferas de Poder, adotando, na prática interpretativa, o conjunto de regras e princípios

⁹⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil.** Um ponto cego do direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 27.

⁹⁶ A liberdade dos órgãos jurisdicionais no controle de políticas públicas também é defendida por Eduardo Cambi: “Todavia, tal intervenção não pode ser irrestrita nem irresponsável, devendo ocorrer somente quando há um dever legal ou constitucional violados. Trata-se, pois, de intervenção derivada ou subsidiária. Logo, a liberdade do juiz não é absoluta, estando limitada pelas potencialidades da interpretação sistemática da Constituição ou das leis e a solução da situação fática emoldurada no caso concreto. (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 272).

⁹⁷ A escola filosófica pragmática é uma invenção norte-americana, a partir de três grandes filósofos, Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey (início do século XX). O pragmatismo jurídico tem hoje como expoente o Juiz americano Richard Posner, que assim resume a teoria: “O cerne do pragmatismo jurídico é a adjudicação pragmática, e o cerne da adjudicação pragmática é uma elevada consciência judicial em torno das – e direcionada às – consequências. E, desse modo, uma disposição em fundamentar julgamentos políticos com mais atenção aos fatos e às consequências do que em conceitualismos e generalidades”, cf. BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial:** a argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.13.

que informam a Constituição e o Estado Democrático de Direito, sem muitas preocupações com a repercussão social de suas decisões.

Ronald Dworkin⁹⁸ combate com vigor como o juiz pragmático decide os casos difíceis - aqueles que envolvem situações em que não há uma regra de direito específica a ser aplicada ao caso submetido ao Judiciário. Para o autor, o *hard case* deve ser decidido de acordo com a integridade do sistema jurídico - o conjunto de regras e princípios estabelecidos na Constituição - devendo o juiz realizar uma leitura moral da Constituição.⁹⁹

Segundo José Emilio Medauar Ommati, Dworkin não é um jusnaturalista; defende que as decisões judiciais devam ser fundamentadas com base no direito vigente e que a melhor interpretação da prática jurídica implica considerar o direito uma questão de princípio, possibilitando a comunidade de intérpretes uma leitura moral da Constituição (leitura principiológica) que ofereça uma única decisão correta, a mais adequada e a mais justa para o caso posto.¹⁰⁰

Essa leitura moral da Constituição indica que o direito pode ser considerado um compartimento da moral. E quando se afirma que não se pode separar o direito da moral não se está defendendo que as decisões jurídicas se façam com base na moralidade pessoal do julgador ou na moralidade de uma maioria. Para Dworkin, o direito faz parte da moral política da comunidade. E essa moral política, imersa nas tradições, deve afirmar, por meio do direito, o direito moral de todo e qualquer membro dessa comunidade política de ser tratado com igual respeito e consideração.¹⁰¹

Esta consideração é fundamental para se refutar o pragmatismo consequencialista, uma vez que, para Dworkin, o pragmatismo nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, já que adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Marins Fontes, 2000, p. 195-199.

⁹⁹ No julgamento da constitucionalidade da Resolução n. 7/2005 do CNJ, que tratava da prática do nepotismo no Judiciário, o relator assumiu expressamente uma leitura moral da Constituição, além de inclinar-se por um marcante ativismo, ao afirmar que “Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta a moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade.” cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 12** Distrito Federal. Relator original Min. Gilmar Mendes. DJU, 01.09.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1568083>. Acesso em: 14 fev. 2019

¹⁰⁰ OMMATI, José Emilio Medauar Ommati. **Teoria da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 190.

¹⁰¹ OMMATI, José Emilio Medauar Ommati. **Teoria da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 193.

comunidade, apenas porque alguma legislação assim estabeleceu, ou porque juízes decidiram quem deve ou não ter direitos.¹⁰²

Segundo Emilio Medauar Ommati, Dworkin critica a perspectiva positivista no sentido de que o direito seria formado por um conjunto convencional de regras estabelecidas pelo Parlamento. O direito seria então formado tanto por padrões normativos rígidos, como por princípios, com textura aberta. Nessa dimensão, a interpretação jurídica, considerada uma prática comunitária, e não um exercício de futurologia, volta-se para as decisões do passado (precedentes), prevalecendo o ideal de coerência e integridade do direito.¹⁰³

A integridade do direito opera-se no plano legislativo, quando aqueles que criam as leis devem mantê-la coerente com seus próprios princípios, inclusive aqueles já agregados pelo sentimento comunitário, como se tivessem sido feito por uma única pessoa: a “comunidade corporificada”. No plano da interpretação e aplicação do direito, a fim de que haja uma coerência entre as decisões do passado e as decisões do presente, a interpretação deve ser construtiva, adotando-se a figura de um romance em cadeia, escrito a várias mãos, em que cada capítulo complementa e amplia o conteúdo dos capítulos anteriores.¹⁰⁴

O próprio Ronald Dworkin explicita esta prática interpretativa aos casos difíceis, devendo o juiz interpretar a história jurídica do passado, de acordo com a moralidade política que melhor justifica o caso presente.¹⁰⁵

Em regra, os casos difíceis são aqueles que ocorrem no âmbito da jurisdição constitucional, envolvendo direitos fundamentais e questões de moralidade política. Embora a teoria da integridade e coerência de Dworkin seja marcante no sistema *common law*, tem

¹⁰² Segundo Dworkin: “O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas, genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas [...] Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à comunidade.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 195.

¹⁰³ OMMATI, José Emílio Medauar Ommati. **Teoria da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 180.

¹⁰⁴ OMMATI, José Emílio Medauar Ommati. **Teoria da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 182.

¹⁰⁵ Para Dworkin, “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um completo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins. Tradução: Luis Carlos Borges, 2001, p. 238.

inteira aplicação ao sistema *civil law*, como o brasileiro, em que a lei ocupa uma posição central na questão jurídica.

Segundo Estefânia Barbosa:

Em que pese referida afirmativa, é possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas de *civil law*, como o Brasil, especialmente no âmbito da Jurisdição Constitucional, quando se trata de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais, que não está no texto constitucional. Nessa dimensão, diferente do convencionalismo, em que o juiz teria a discricionariedade para criar um novo direito perante casos difíceis e do pragmatismo que permite que o juiz decida de modo consequencialista para o futuro, pensando no bem coletivo sem qualquer compromisso com o passado, também no *civil law* é possível pensar que os limites para atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito da Constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade. [...] Além disso, as novas decisões, assim como o romance em cadeia, devem ser construídas com base em princípios e não fundamentadas em políticas, pois, para Dworkin, os fundamentos em políticas são mais frágeis, além de serem de competência dos poderes políticos.¹⁰⁶

Sabe-se que a doutrina da integridade do direito de Ronald Dworkin, e a consideração que compreende a corte constitucional com um “Fórum de Princípios”, ainda não é uma constante nos tribunais brasileiros, que não cultuam a história do precedente judicial, abandonando, muitas vezes, a previsibilidade e coerência na interpretação da Constituição e das leis.

O Supremo Tribunal Federal, a quem cabe dar a última palavra na interpretação jurídica da Constituição e das Leis, teima em julgamentos individuais e pouco adota os fundamentos de seus próprios julgados na realização de uma interpretação construtiva da jurisprudência e do precedente, minando a segurança jurídica e a unidade do direito. O tema, entretanto, tem sido enfrentado e vem evoluindo em decisões pontuais da Corte.¹⁰⁷

¹⁰⁶ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*, parte II, item 22.

¹⁰⁷ Sem qualquer consideração quanto ao mérito, mas apenas a título exemplificativo para o tema, tem-se como exemplo da aplicação da teoria do romance em cadeia de Ronald Dworkin pelo Supremo Tribunal Federal os julgamentos prolatados na ADI 3510/08 e ADPF 54/12. O primeiro julgamento tinha por objeto a inconstitucionalidade da Lei 11.105/05 que admitia a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. O relator concluiu que o embrião fecundado *in vitro* poderia ser descartado cientificamente. Já na ADPF 54 o Plenário do STF, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo constituiria crime tipificado nos artigos 124, 126 e 128, II do CPB, uma vez que não há crime onde não há vida. Mas o que importa para este trabalho é o fato de que a interpretação principiológica do primeiro processo serviu como *ratio decidendi* da fundamentação no segundo julgamento, tanto pra o Relator, quanto para a Ministra Rosa Weber que, mesmo sem presidir o julgamento, se reportou a argumentação da ADI n. 3.510 como razão de sua fundamentação na ADPF 54/12. A Ministra adotou as mesmas razões morais lançadas no voto paradigmático, clarificando o que Dworkin chamou de “força gravitacional” do precedente. A Corte demonstrou que leu o capítulo anterior (precedente) para reescrever um novo capítulo, numa grande

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015 poderá alterar este panorama, instrumentalizando o Judiciário na ampliação das potencialidades da prática interpretativa, uma vez que o art. 926 aponta rumos ao estabelecer que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Por outro lado, na argumentação pragmática consequencialista, o juiz não adota o conjunto de normas e princípios que correspondem à leitura moral da Constituição, desprezando a posição jurídica do passado que vem evoluindo; ele adota postura hermenêutica de forma estruturada e lógica para resolver os conflitos atuais da sociedade, tendo como instrumento fundamental a lei em sentido formal.

Nesse sentido é que a teoria da efetividade dos princípios tem sofrido duros golpes dos pragmatistas¹⁰⁸ - o pragmatismo é vinculado a uma corrente do pensamento e linguagem que rechaça qualquer formulação metafísica associadas à filosofia política e moral vinculada à “herança Kantiana” do pensamento – valores como “dignidade”, “verdade”, “justiça”, “moral”, etc.

A crítica pragmática se avoluma também em razão da acusação de que o discurso constitucional brasileiro foi erigido como base na importação de um modelo discursivo e lingüístico praticado na Alemanha, cuja utilidade para a democracia e para os direitos humanos tem sido posto a prova. Segundo Kaufmann:

Esse discurso se adaptou, com perfeição, à nossa tradição jurídica: se no passado o Direito ganhava destaque social pela ideia do bacharelismo, agora o Direito renovava esse destaque por meio da ideia de que cabe ao jurista a função de desvelar a “verdade” e a “justiça” por meio de seu discurso moral. Entretanto, o formato de solução de problemas constitucionais por meio da ponderação oferece o seu peculiar colorido. Esse fascínio se deu por meio de uma linguagem “quase-transcendental”, principiológica, que fala de valores como a “dignidade da pessoa humana” e a “máxima eficácia dos direitos fundamentais” [...] Essas mesmas características se evidenciam nas duas principais concentrações de pensamento oriundo do paradigma alexyano-dworkiano: a “teoria dos direitos fundamentais” e o “neoconstitucionalismo”. Para um pragmatista, há muito pouco ou nada de substancialmente diferente entre as duas posturas, motivo pelo qual foram tratadas

prática interpretativa construtiva. Exemplo extraído da obra de BUNCHAFT, Maria Eugênia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Revista Sequência**, n. 65, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26397>. Acesso em: 12 jun. 2018.

¹⁰⁸ Eros Grau, já no prefácio do seu livro, adverte quanto a mudança de seu entendimento relativo ao paradigma dos princípios, em razão da falta de conceituação científica do tema e do seu uso abusivo pelos juízes. Aduz a seguir em sua obra que “A afirmação de que seria mais grave violar um princípio do que violar uma norma consubstancia uma tolice”. Faz entender que decisões discricionárias dos juízes, pautadas em fundamentos não jurídicos, torna o sistema refém da vontade do julgador e que “A chamada ponderação entre princípios coloca-nos amiúde em situações de absoluta insegurança, incerteza.” Cf. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: A interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8. ed. São Paulo Malheiros, 2017, p. 24-25.

aqui dentro do mesmo enfoque.¹⁰⁹

O elemento mais marcante do pragmatismo, sem dúvida, é o consequencialismo.

Como já afirmado, o juiz pragmatista é um ativista em grau forte, decide segundo suas próprias convicções e encontra nas conseqüências de sua decisão a justificação necessária, chegando a desconsiderar a Constituição e as leis. Seu único desejo é encontrar a solução mais adequada para os interesses coletivos gerais, ou para os interesses de determinada política pública, sem se importar, por vezes, com o direito que as pessoas estão disputando no processo. É nesse sentido que Dworkin define o direito como interpretativo e combate o pragmatismo, acusando a doutrina de ignorar a interpretação conforme o ordenamento jurídico e os precedentes da corte constitucional.

Assim, além de não compreender o apelo histórico decorrente do entendimento jurisprudencial firmados pela Corte constitucional ao longo da história do direito, na formação do precedente, a doutrina pragmática volta-se, perigosamente, para a interpretação do direito em consideração às convicções práticas e visionárias do próprio magistrado.

Este trabalho defende que, ao justificar a decisão, o juiz só poderá adotar argumentos consequencialistas de forma subsidiária, instrumental. Vale dizer, não poderá negar a aplicação da norma jurídica e dos princípios constitucionais para fundamentar a decisão em consideração a algum argumento prático em favor do coletivo, ou das metas governamentais, a exemplo das conseqüências econômicas que a decisão poderia acarretar na sociedade.

A decisão puramente consequencialista subverte o sistema constitucional e legal, pois nega a existência do direito válido e cria critério argumentativo baseado em meras conseqüências de ordem econômica, política ou social, sem respaldo na Constituição. O perigo desta concepção conduz o raciocínio do juiz a um raciocínio meramente político, ao realizar escolhas em prol da comunidade, sendo que a este mister o juiz brasileiro, como servidor público concursado e imbuído da função de julgar na forma da lei, não foi vocacionado. O juiz deve efetivar e cumprir a Constituição.

Ressaltando a concepção pragmática e instrumental do direito que nega a existência de direitos prévios às decisões judiciais,¹¹⁰ Renata Bilhim assevera que “Para o juiz

¹⁰⁹ KAUFMANN, R. D. O. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2000, p. 331-332.

¹¹⁰ Segundo Barroso, o pragmatismo “leva a formulação de proposições perigosas quanto à observância da dignidade da pessoa humana, ao autorizar decisões que se legitimam por beneficiar a maioria, mesmo que isso implique flexibilizar direitos individuais. [...] há o risco de que o indivíduo não seja tratado com um fim

pragmático, o direito funciona como um instrumento a serviço da comunidade, ou seja, os direitos podem deixar de ser aplicados se as conveniências e se o futuro da coletividade o exigir.”¹¹¹

Com a edição da Lei nº 13.655, publicada em 25 de abril de 2018, que alterou profundamente a Lei de Interpretação às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) está superado o argumento da ausência de ato legislativo que justifique a argumentação consequencialista. Dispõe o texto normativo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.¹¹²

Pode-se afirmar que os argumentos práticos, agora positivados, são “objetivamente verificáveis” e a motivação judicial, doravante, deve demonstrar a necessidade, adequação e as consequências jurídicas e administrativas da medida, sem acarretar prejuízo aos interesses gerais, não podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas anormais ou excessivos, à

em si mesmo – como estabelece a fórmula Kantiana – mas como um meio para a realização de metas coletivas.” Em que pese as ponderações do jurista, percebe-se em sua obra adoção de um moderado pragmatismo, uma vez que a função de julgar, sendo política, deve considerar as consequências práticas da decisão e deve produzir o melhor resultado possível para sociedade. Entretanto, tratando da argumentação jurídica, o autor relativiza o peso do argumento consequencialista. Defende que a legitimidade da decisão ocorre quando realiza a vontade da Constituição e que valorações morais e políticas integram o itinerário lógico da produção argumentativa do juiz, devendo buscar as respostas no sistema jurídico, no respeito a integridade do direito (coerência e precedentes), dando peso às consequências concretas da decisão jurídica, “mas não uma argumentação inspirada exclusivamente pelas consequências práticas de suas decisões. Pelo contrário, devem ser fies, acima de tudo, aos valores e princípios constitucionais que lhes cabe concretizar.” (fls. 383), cf. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 317.

¹¹¹ BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial: A argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 27.

¹¹² BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 26.4.2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 10 jun. 2018.

vista das peculiaridades do caso.¹¹³

Duas considerações se fazem necessárias para o objetivo deste trabalho: a) o discurso pragmático não tem qualquer reflexo quando se está diante do direito ao mínimo existencial - aquela parcela do direito vinculada a dignidade da pessoa humana; b) não parece que a novel definição legal componha o sistema argumentativo de uma decisão judicial, uma vez que os argumentos finalísticos ou consequencialistas são instrumentais, não podendo ser considerados genuinamente jurídicos, ou seja, que agregue um campo valorativo inerente aos princípios gerais que alicerçam o discurso jurídico no Estado democrático de direito, considerando o postulado da supremacia da Constituição.

O argumento consequencialista, portanto, não é institucional, orgânico, justamente porque as consequências econômicas ou sociais de uma dada situação são meras consequências, e não têm fundamento de validade na hermenêutica constitucional, diferente do que ocorre com a argumentação institucional, baseada em um fundamento material que decorre da Constituição Federal.

Assim, a técnica consequencialista não pode vincular o julgador, uma vez que não configura critério constitucional de legitimidade de uma decisão judicial,¹¹⁴ muito menos servir de fundamento para a negativa do direito constitucional ao mínimo existencial.

Permanece, portanto o caráter instrumental e subsidiário do argumento consequencialista estabelecido na Lei nº 13.655/2018, que não prevalece sobre os argumentos substanciais constitucionais, sob pena de desembocar a decisão judicial no campo da incerteza e insegurança jurídica. Ademais, declinar ou antecipar na sentença, de modo expresso, todas as consequências jurídicas e administrativas, nem o juiz Hercules de Dworkin conseguiria realizar.

Nesse sentido, a adoção do argumento pragmático, ou consequencialista, acarreta, de plano, 02 graves consequências: a) desemboca a decisão judicial no campo de insegurança

¹¹³ Em recente julgado, o STF já admite as razões consequencialistas, conforme voto do Relator: “Dentro do marco do consequencialismo, a decisão mais adequada a determinado caso concreto é aquela que, dentro dos limites semânticos da norma, promova os corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, e que se importe com a repercussão dos impactos da decisão judicial no mundo social. Sob essa perspectiva, há espaço para algum pragmatismo jurídico, com espeque no abalizado magistério de Richard Posner, impondo, bem por isso, ao magistrado o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AO nº 1773/DF**. Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. DJ, 27.11.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 12 fev. 2019.

¹¹⁴ BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial**. A argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49. A autora adverte que a classificação em argumentação institucional e não institucional é do professor Humberto Ávila.

jurídica, uma vez que o destinatário da decisão (postulante), que antes esperava por uma sentença coerente conforme o precedente e a integridade do direito, poderá ser surpreendido com um comando sentencial que viole flagrantemente um direito constitucional seu, ao argumento das conseqüências sociais ou econômicas negativas; b) em razão deste consequencialismo, o juiz poderia negar o direito a um cidadão, inclusive postulações em face de política pública para garantia do mínimo existencial, ao argumento de que a decisão arruinaria a saúde financeira do Estado, decidindo o juiz, como a melhor resposta para o caso, a negativa do direito, o que soa inconcebível.

Por esse ângulo, a fundamentação pragmática certamente encoraja o Estado a violar direitos e garantias constitucionais.

Por certo que não se nega ao Judiciário avaliar as conseqüências econômicas, políticas ou sociais de suas decisões, mas que se faça sempre de forma subsidiária e, preferencialmente, no âmbito das ações de controle de constitucionalidade das leis, ou em ações coletivas, fortalecidas por audiências públicas e participação do *amicus curie*.

Nestas demandas coletivas pode-se chegar a uma decisão judicial mais abrangente, amplamente legitimada, elaborada de forma cooperada entre as partes, o Estado e terceiros interessados, com profunda pesquisa em provas técnicas, e cuja eficácia se amplia em favor do patrimônio jurídico de um número indeterminado de beneficiários.

Permanece em vigor, portanto, os fundamentos da integridade do direito de Ronald Dworkin na prática interpretativa do direito constitucional, na força dos princípios, no paradigma da constitucionalização de direitos e da dignidade da pessoa humana, no enaltecimento do protagonismo do Judiciário para concretização de direitos fundamentais e na defesa da democracia, elaborando suas legítimas decisões de acordo com os delineamentos traçados na Constituição Federal, a exemplo do dever de fundamentação.

3 DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A judicialização transformou o Judiciário no palco de grandes questões nacionais, conclamando por uma atitude ativista e proativa de seus juízes na interpretação e efetivação da Constituição, provocando a elaboração de uma hermenêutica constitucional que servisse para legitimar, democraticamente, suas decisões perante a sociedade civil.

Esta legitimidade somente se verifica quando os juízes adotam os delineamentos constitucionais estabelecidos para justificativa das suas decisões, em especial o dever de adequada motivação, a autorizar o efetivo controle judicial das políticas públicas.

3.1 O dever de fundamentação e a reserva da consistência

Para concretizar direitos e garantias fundamentais adormecidos por inércia ou omissão das demais esferas do Poder, o juiz constitucional busca fundamentar suas decisões na lei e nos precedentes das cortes superiores, garantindo segurança jurídica e coerência do ordenamento jurídico, e, quando necessário, avalia as consequências sociais e econômicas decorrentes da eficácia das decisões. O positivismo contemporâneo, ao negar o formalismo exacerbado do positivismo exegético, adotou uma metodologia jurídica fortemente inclinada à pauta principiológica do direito.

No Estado democrático de Direito, o ato de motivar configura verdadeira prestação de contas do juiz à sociedade destinatária dos comandos judiciais. O dever de fundamentação, ou motivação das decisões do Poder Judiciário, está estabelecido como um indeclinável dever constitucional nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, poderão a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.¹¹⁵

¹¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

O dever de fundamentação, além de demonstrar o grau da responsabilidade política dos juízes, fortemente assinalado pela nova ordem constitucional, serve à transparência institucional e ao controle dos argumentos adotados na decisão, eliminando a possibilidade de arbitrariedade, estando a decisão não motivada sujeita a nulidade, conforme estatuído na Carta Magna, em rara disposição cominatória de penalidade.

A legitimidade da jurisdição constitucional não decorre, necessária e diretamente, da fundamentação da decisão; esta funciona apenas para o controle e reforço da própria legitimação, cuja fonte primária está na vontade da Constituição.¹¹⁶

Constituindo a motivação uma tradição do sistema judicial brasileiro, a sociedade acata e respeita o discurso jurídico fundamentado, ainda que dele discorde, uma vez a motivação promove a segurança jurídica e permite o exame da imparcialidade do juiz e do cumprimento das franquias processuais constitucionais. Tem por finalidade propiciar às partes, e ao povo em geral, saber em que medida e extensão o poder judicial é exercido e a maneira como atinge os interesses do cidadão. Esta dimensão informativa da motivação é fundamental nas democracias. Por outro lado, não se concebe a ideia do juiz político que teme a opinião pública formadora de opinião, uma vez que é através da divulgação de sua justificação que se fortalece a comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade.¹¹⁷

Portanto, o sistema constitucional somente legitima a decisão judicial que está sedimentada em normas e princípios e traga razões convincentes. Neste sentido, exige-se rigorosa formação e preparo do magistrado, em especial para superação do raciocínio quanto a meros procedimentos lógicos, subjuntivos, construídos sob regras jurídicas predeterminadas, ampliando-se a formação do juiz para ciência de abrangentes concepções sociais, políticas e *standards* morais, valorizando a prática social.¹¹⁸

Assim, a visibilidade institucional do Judiciário não diz respeito apenas às funções, a força e o simbolismo das decisões dos seus juízes, mas alcança a própria figura do magistrado, avaliado publicamente pelo conteúdo e qualidade de suas manifestações judicantes, conforme se constata das sessões públicas de julgamento televisionadas no Supremo Tribunal Federal,

¹¹⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 124.

¹¹⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 139.

¹¹⁸ A legitimidade das decisões está vinculada a sua fundamentação, sempre na “tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de equidade e justiça da comunidade’”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 98.

expondo as entranhas de um procedimento que sempre foi destinado ao solitário ofício do julgador: a motivação de sua decisão.

É que bastava ao juiz depositar suas razões nos autos do processo; hoje, necessita justificar-se publicamente, diante deste clamor social por transparência e do relevante interesse público na divulgação dos motivos (racionalidade) que conduziram àquela opção jurisdicional. Reivindicando a decisão uma inafastável atividade criativa do juiz, o sistema jurídico necessita de um instrumento que afaste o arbítrio judicial.

É nesse sentido que a doutrina constitucional tem entendido o dever de motivação¹¹⁹ como o mais eficaz instrumento de controle político que a sociedade exerce sobre a atividade jurisdicional, inserido no catálogo das garantias constitucionais individuais.

Este aspecto extraprocessual da fundamentação (controle político), em que as premissas e pressupostos adotados pelo juiz são analisados criticamente pela população e por diversos segmentos da sociedade, como a imprensa, já constitui matéria assimilada no debate público da nação.¹²⁰

É simbiótica a relação entre Constituição, dever de motivar e processo como instrumento de concretização da justiça, surgindo desta equação o exame da decisão judicial: se fundamentada - e se esse fundamento decorre de reflexão racional - ou se fruto do arbítrio.

A relevância do tema tem conduzido à construção de uma teoria da decisão judicial como discurso dogmático, superando a vetusta ideia de que a sentença seria caracterizada por um mero silogismo entre premissa maior, premissa menor e conclusão.

O alargamento do raciocínio jurídico para um contexto de justificação que esboce o convencimento à luz de “razões juridicamente aceitáveis”, justas, equitativas, não arbitrárias, com lastro no direito vigente e na prova produzida sob o crivo do contraditório, conduz a persuasão das partes quanto ao acerto da decisão judicial, realizando o que Ferraz Junior denominou de “atitude de crença” que marca o discurso dogmático da decisão como um

¹¹⁹ O STF adota o termo motivação e fundamentação como sinônimos e assim vem sendo referendado pela Corte, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 140.370**. Mato Grosso. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJU, 21.05.1993. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521123>. Acesso em: 22 jan. 2019.

¹²⁰ São críticas elogiosas e também negativas. Confira-se a análise da discussão pública quanto a fundamentação adotada por magistrados em processos criminais - uma espécie de Júri popular decidindo o acerto ou desacerto de decisões judiciais: ALVES, Cintia. Lava Jato também distorce domínio do fato para condenar Lula, diz especialista, **Jornal GGN**, 4 de julho 2017. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/noticia/lava-jato-tambem-distorce-dominio-do-fato-para-condenar-lula-diz-especialista>, Acesso em: 22 jan. 2019.; USO de algemas em audiência divide o Judiciário. **Gauchazh**, Porto Alegre, 15 de julho de 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/07/Uso-de-algemas-em-audiencia-divide-o-Judiciario-4551299.html>, Acesso em: 22 jan. 2019.

discurso persuasivo sobre seus destinatários.¹²¹

Tércio Sampaio Ferraz Junior elabora a teoria da decisão como um processo de aprendizagem, englobando o impulso, a motivação, a reação e a recompensa, tendo como momento culminante a resposta. A justificação desta resposta constitui a legitimidade do ato judicial. O jurista correlaciona o ato decisório a uma situação comunicacional, uma vez que o decidir é ato sempre referido a outrem.¹²²

Segundo o autor, a decisão, como um ato de comunicação, é correlata de uma concepção de conflito jurídico, contextualizado na possibilidade de exigência (coerção) da emissão ou recepção de mensagem por parte de emissores e receptores. Vale dizer, os conflitos sociais ocorrem em ambiente de comunicação entre agentes que transmitem mensagens. Os conflitos surgem como interrupções na interação “ou porque quem transmite recusa-se a transmitir o que se espera, ou porque quem recebe recusa-se a receber.”¹²³

Ao conceber a decisão como ato comunicacional que põe fim ao conflito (“alternativas incompatíveis que pede decisão”), Tércio Ferraz aponta ser o ato de decidir um discurso racional, já que dele se exige fundamentação, devendo ser comprovado. Essa comprovação se faz com a obediência a regras sobre a obtenção do consenso. Este pode, ou não, ocorrer, mas mesmo a decisão que não alcance a adesão dos destinatários constitui um discurso racional.¹²⁴

Assim, o controle político da atividade jurisdicional, através da motivação da decisão judicial, decorre de uma exigência do próprio Estado Democrático de Direito, importando na efetiva integração da sociedade na solução dos conflitos, provocando um positivo efeito social: a decisão motivada - aquela que convence o público - acaba por estimular a pacificação social, evitando a proliferação de novas demandas.

A legitimação da decisão não se resume à obediência a um procedimento dirigido por um juiz dotado de garantias como imparcialidade e inamovibilidade. Exige-se apelo comunitário. O exercício da cidadania, que impulsiona a opinião pública e a ampla abertura de participação da sociedade na discussão das relevantes demandas judiciais, constitui uma das

¹²¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. Técnica. Decisão. Dominação. São Paulo: Atlas, 2016, p. 331.

¹²² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. Técnica. Decisão. Dominação. São Paulo: Atlas, 2016, p. 273-274.

¹²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. Técnica. Decisão. Dominação. São Paulo: Atlas, 2016, p. 274-275.

¹²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. Técnica. Decisão. Dominação. São Paulo: Atlas, 2016, p. 285.

principais fontes de legitimação das decisões judiciais, sem olvidar que a atividade jurisdicional já é bastante fiscalizada pelas partes, advogados e promotores públicos.

A superação da “simplicidade racional da subsunção” impõe o surgimento de uma racionalidade orgânica do discurso judicial,¹²⁵ coerente argumentativamente, afastado o nefasto livre convencimento, fenômeno tido como expressão do arbítrio e decisionismo do órgão julgador, notadamente em matéria probatória. Entretanto, não se pode olvidar que os juízes “não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir como os juízos de valor que formula.”¹²⁶

Um bom antídoto para combater este estado de subjetivismo do julgador, mas sem aniquilar o animus que entusiasma a própria existência de quem julga, consiste em respostas fundamentadas na lei, na Constituição e no conjunto de princípios morais que a compõe, mas sempre adotando critérios objetivos e racionalmente verificáveis, justificando na maior medida do possível os argumentos adotados.

O novel Código de processo civil alterou substancialmente este panorama, trazendo para o sistema processual civil uma racionalidade na aplicação do direito: passou-se a exigir do juiz motivação exauriente no art. 489, §1º¹²⁷, devendo enfrentar todos os argumentos de fato e de direito trazidos ao processo, prestigiando e modulando o sistema de precedentes, importado da regra do *common law*, visando garantir segurança jurídica ao cidadão na prestação jurisdicional.

O dever de fundamentar se qualifica diante da responsabilidade do julgador no controle de políticas públicas.

Neste controle, diante da complexidade e interdisciplinaridade do tema, a matéria ganha grandes proporções, uma vez que o magistrado ativista deverá, no momento da motivação, se debruçar sobre o preceito normativo que incide no caso, dialogando com o circundante arcabouço multidisciplinar, enfrentando temas atinentes a finanças públicas, orçamento, gestão administrativa, muitas vezes estranhos ao julgador, sem olvidar os efeitos

¹²⁵ Para Canotilho, uma das razões fundamentais para a motivação da decisão judicial consiste na “exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes”, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 667.

¹²⁶ BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5. Acesso em: 04 mar. 2019.

¹²⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Novo Código de processo Civil, art. 489, §1º, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 fev. 2019.

sistêmicos que podem decorrer da sentença, em especial aqueles que impliquem na implementação de direitos sociais prestacionais - uma vez que isto tem um custo - mas cuidando sempre em não arrostar o princípio da separação dos poderes.

O controle judicial de atos administrativos e políticas públicas qualifica a motivação. Segundo Luiz Francisco Aguilar Cortez:

Se já não basta a investidura no cargo de magistrado para dar legitimidade à decisão, diante do novo paradigma para legitimação, de caráter material ou substancial, em se tratando de políticas públicas, a necessidade de compatibilização substancial das decisões com a Constituição, a obrigação de observar escrupulosamente as garantias processuais fundamentais e de motivação das decisões é mais acentuada, a afastar o “voluntarismo judicial e o “hermetismo” jurídico. Embora as decisões relativas a políticas públicas nem sempre possam gerar consensos, sua compreensão e a aceitação da validade dos seus argumentos exigem maior preparo do julgador e possibilita delimitar sua atuação institucional.¹²⁸

A intervenção do Judiciário na conformação e concretização das políticas públicas, voltadas à tutela de direitos fundamentais, torna indeclinável a realização do completo e exauriente dever de motivação, fundado no ordenamento jurídico e em razões técnico-científicas que o caso venha a exigir, realizando ainda, diante de eventual colisão de direitos fundamentais, a difícil ponderação que justifique a prevalência de um direito sobre o outro.

Afasta-se assim o danoso voluntarismo judicial para impedir que o juiz adote decisões fundamentadas em motivos pessoais, egoísticos ou vagos, muito menos de acordo com o seu livre convencimento, baseado em convicções pessoais íntimas, sob pena de afronta à necessária imparcialidade judicial.

É fato que as Constituições contêm valores e conteúdos morais abertos, a exigir esforço interpretativo do julgador, mesmo porque o direito, como um fenômeno cultural, não pode ser compreendido com absoluta neutralidade, sem qualquer influxo social externo. O dever de motivação existe para o controle da legitimidade democrática do ato, e a ciência do direito compete conceber uma adequada metodologia e parâmetros para a elaboração das decisões judiciais, calcada na racionalidade prática, preocupada em inibir inseguranças e injustiças.¹²⁹

Daí a reserva da consistência.

¹²⁸ CORTEZ, Luiz Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 95-97.

¹²⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011.

A responsabilidade política dos juízes, na tutela de direitos fundamentais ou no controle de políticas públicas, reivindica regra de prudência, estando diretamente ligada a função interpretativa, em que o julgador oferece argumentos substanciais a demonstrar que determinado ato estatal é incompatível com a Constituição. Se o enfrentamento argumentativo encontra questões como separação de poderes e escassez de recursos públicos, o juiz não deve tomar uma decisão politicamente irresponsável, arbitrária, inconsistente, ou inexequível.¹³⁰

Adota-se regra de prudência – não de subserviência.

Os direitos fundamentais são dotados de uma “força expansiva” - interpretar para conferir máxima efetividade a normas constitucionais. Os limites à atuação jurisdicional localizam-se nas próprias garantias da magistratura e do processo, tais como a imparcialidade, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e razoabilidade das decisões. Decidir resistindo a estes predicativos acaba por deslegitimar a decisão judicial, cuja fiscalização permanece sob o olhar atento da comunidade jurídica e o crivo do controle político social.

Dentro desta ideia de racionalidade da decisão judicial e do dever de consistência atribuídas ao julgador, constata-se que os tribunais superiores, no intuito de atribuir alguma uniformidade ao sistema de decisões relacionado a temas sensíveis ao Estado - quase sempre vinculados ao direito prestacional social à saúde e educação - procuram imprimir congruência ao sistema argumentativo.

Tome-se como exemplo o julgamento do REsp/RJ nº 1657156, relator Ministro Benedito Gonçalves, em que ficou assegurado à demandante determinado medicamento de alto custo, não especificado em lista de fornecimento gratuito pelo SUS. Entretanto, visando imprimir racionalidade à decisão, diante do efeito multiplicador que se verificava na hipótese e do alarmante gasto de recursos públicos¹³¹, o relator entendeu por modular os efeitos do *decisum*, estabelecendo critérios mais rigorosos (cumulativos) para obrigar o poder público a fornecer medicamentos, a saber: 1 - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou

¹³⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 312.

¹³¹ Segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS), o relatório produzido sobre judicialização da saúde realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), entre 2015 e 2016, revela que os gastos federais com processos judiciais na área da saúde continuam crescentes – de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015, um aumento de 1300% em sete anos, conforme notícia acessada em 19.02.2019 JUDICIALIZAÇÃO na saúde: aumentam os gastos, número de processos e iniciativas para conter o fenômeno. **Observatório de Análise Política em Saúde**, Salvador, 07 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/e607ae373d8892945fedc9dc984355a5/1/>. Acesso em 19 fev. 2019.

necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).¹³²

Essa tendência uniformizante atende aos reclames de vários setores da sociedade civil, em especial do próprio Estado, e se destinam a atuação jurisdicional que impõe, muitas vezes de forma desarrazoada, pesadas prestações positivas ao Estado. Por outro lado, esta racionalidade também é perseguida pela assistência suplementar no Brasil, uma vez que os consumidores têm abarrotado o Judiciário com demandas para coibir exclusão de coberturas, abusividade das prestações, excessivos períodos de carência, limitação de cobertura e intenações, etc.

Ao tratar de decisões judiciais inconsistentes que acarretam desarmonia institucional em caso de intervenção indevida em políticas públicas, assevera Eduardo Cambi:

Os limites, contudo, não são apenas técnicos, mas também lógicos e éticos, todos recaindo sobre a argumentação, a fundamentação e a imperiosa publicidade das decisões judiciais. Enfim, o juiz deve buscar, no quadro fático-normativo e axiológico, a melhor decisão para o caso concreto. Portanto, pela reserva da consistência quer-se evitar que o órgão judicial, ao aplicar princípios, tome decisões políticas irresponsáveis. Impede que o Judiciário imponha decisões isoladas que não se legitimariam no contexto de uma teoria mais abrangente de princípios e políticas gerais, posto que se revelariam incoerentes se incompatíveis com outras decisões anteriores (precedentes judiciais). [...]. Portanto, o Judiciário somente deve intervir para concretização de políticas públicas, voltadas à tutela de direitos fundamentais, se puder formular um juízo consistente, fundado em razões técnico-científicas e morais, quanto a correta decisão a ser tomada pelo poder público.[...] Deve o órgão judicial realizar juízo de ponderação entre os direitos em colisão, para concretizar direitos fundamentais (sociais), ,quando for possível associar o facere estatal à proteção do valor da dignidade da pessoa humana ou de outro direito fundamental que se mostre, manifestamente, prioritário.¹³³

O enfrentamento de políticas públicas necessita do Poder Judiciário uma análise motivada e pontual da estrutura funcional da política pública questionada, notadamente se a abrangência da medida se correlaciona com a garantia do direito ao mínimo existencial. É necessário, portanto, uma compreensão sobre o alcance desta sindicabilidade e até que ponto a conformação judicial se torna necessária.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp/RJ nº 1657156**, relator Min. Benedito Gonçalves. DJ de 21.09.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1657156&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 jan. 2019.

¹³³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 315-318.

3.2 Alcance da sindicabilidade das políticas públicas

A complexidade da ação interventiva do Poder Judiciário na formação ou correção de políticas públicas conduz ao alargamento do tema deste trabalho, abrangendo a estrutura orgânica e os objetivos da política pública.

Inicialmente, não se pode negar a primazia da atividade legiferante sobre a atividade executiva, uma vez que o Legislativo define as políticas públicas, em homenagem ao princípio da legalidade, cabendo ao Executivo a execução das mesmas e ao Judiciário, quando provocado acerca da omissão estatal, determinar a implementação ou correção da medida, uma vez que não pode eximir-se de apreciar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/1988).

Cumprido esclarecer que no Brasil a elaboração de políticas públicas não pode ser considerada uma opção do Poder Executivo, uma vez que a configuração do Estado Democrático de Direito está centrada no princípio da legalidade, como também na ideia de justiça distributiva e fraternidade (Preâmbulo constitucional), cabendo a Administração pública implementar atividades para realização deste nobre desiderato.

Nesse sentido, em que o desenho institucional ampliou a constitucionalização de direitos, surge uma consequente obrigação *de facere* ao Estado na elaboração e execução de políticas públicas: realizar o desenvolvimento social e econômico da nação e do povo, eliminando desigualdades sociais e melhorando as condições de vida das pessoas.

Segundo Alexandre de Moraes, os objetivos indicados no art. 3º da CF/1988 orientam todo o funcionamento e do Estado, servindo como vetor de interpretação e aplicação da lei e dos atos normativos em geral. Assim, defende que na persecução de uma sociedade justa, deve existir uma política legislativa e administrativa que apresente meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal.¹³⁴

De um lado, os direitos individuais, sociais e coletivos preconizados pela Constituição Federal, aglutinando toda rede de proteção ao homem e a sua dignidade; de outro lado, os mecanismos de tutela jurisdicional destes direitos, muitos já consolidados no Código de Processo Civil, como também em normativos esparsos, a exemplo do Código de Defesa do

¹³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 65.

Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, ressaltando que a Emenda Constitucional nº 45/2004 ampliou, sensivelmente, as atribuições interventivas e fiscalizadoras do Judiciário.¹³⁵

As políticas públicas, como meio necessário para adjudicação de direitos, compreendem ações e programas de governo para dar efetividade aos comandos constitucionais e legais que necessitam do agir administrativo, alcançando não apenas os direitos sociais prestacionais – palco de sua maior influência – mas igualmente os direitos não prestacionais, como os direito de primeira e terceira geração.

Ao Judiciário não cabe formular políticas sociais. Quando acionado, intervém para verificar se o arcabouço da política pública, editada para efetivar algum direito fundamental, atendeu aos ditames constitucionais de acesso universal e igualitário ao cidadão.

Nesse sentido, as políticas públicas, por reclamarem atuação positiva do legislador e do Executivo, implementam prestações que constituem o objeto do direito fundamental.¹³⁶

Segundo Felipe de Melo Fonte:

Políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública. Assim, a política pública pode ser decomposta em normas abstratas de direito (e.g., Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (e.g., os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinada função, os decretos regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (e.g., o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais públicos, as lições do professor em estabelecimento de ensino, etc.). O juízo de constitucionalidade pode recair sobre cada um deles, em particular, ou sobre o todo. Em todos os casos haverá controle de políticas públicas.¹³⁷

A aludida prioridade legislativa decorre exatamente de definição de competências administrativas para realização das políticas públicas, estabelecendo, na forma da lei, as atribuições, princípios, diretrizes e metas a serem cumpridas pelo gestor público.

¹³⁵ A nova EC destacou um conjunto inovador de elementos estruturais do Judiciário, bem como a maneira de concretização da justiça. Assim, a criação do CNJ, destacado como órgão de controle externo e de correição da atividade judicial, também colabora à orientação normativa para racionalizar julgamentos, a exemplo dos grupos de apoio técnico para julgamento de ações envolvendo o direito social a saúde e sua difusa dimensão; a própria Súmula Vinculante e a Repercussão Geral nos recursos extraordinários, institutos que destacaram o papel do STF como guardião da Constituição, permitindo a centralização de julgamentos na corte constitucional e no aprimoramento do sistema de precedentes. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30.12.2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 292.

¹³⁷ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

Entretanto, a complexa, intensa e desordenada produção legislativa tem dificultado a concretização dos benefícios sociais aos destinatários estabelecidos na legislação. A profusão de regras confunde o executor da norma e não possibilita um prévio planejamento da gestão pública, embaralhando o dimensionamento dos recursos públicos a serem empregados, uma vez que a abundância de conceitos e a fixação de diversas obrigações não têm colaborado para a racionalidade do sistema e a concretude da norma.¹³⁸

É desafiador o tema da liberdade do juiz constitucional e da sindicabilidade das políticas públicas, notadamente diante da margem de discricionariedade e deliberação democrática dos agentes públicos e políticos que merecem consideração. Por certo que a ampla sindicabilidade não importa em transferência para o Judiciário de todos os problemas da Administração Pública, até porque a complexidade e dimensão fática dos programas estatais, por abrangerem campo interdisciplinar e complexas questões alocativas de recursos públicos, não encontram fácil assimilação por um Judiciário carente de recursos humanos e tecnológicos.

Segundo Hermes Zaneti, o Poder Judiciário exerce um notório papel moderador no sistema de freios e contrapesos da Constituição e a primeira premissa justificadora da sindicabilidade judicial das políticas públicas está na verificação da “disfunção política” do Executivo ou do Legislativo, sujeita a correção pelo controle jurisdicional. Esta disfunção corresponde a um desvio do interesse público, uma fuga do dever-poder que está inserida no conjunto de atribuições constitucionalmente destinada a cada órgão estatal.¹³⁹

Segundo Zaneti, no enfrentamento de políticas públicas, o Poder Judiciário necessita atinar para o fato de que a política pública é sempre deflagrada através de um processo político e a correção promovida pelo Judiciário se faz através da interpretação e aplicação da lei, mediante decisões fundamentadas que torne concreto, no plano fático, o direito sonogado pela omissão estatal.¹⁴⁰

¹³⁸ A profusão legislativa, estabelecendo extensas pautas regulatórias acerca de inúmeros temas, tem conduzido à total, ou relativa, ineficácia da norma. Tome-se como exemplo a Lei n. 11.343/2006, que instituiu políticas públicas sobre drogas; a Lei 6938/81, que organizou a política nacional de meio ambiente; a Lei 11.771/2008, que estabeleceu a política nacional de turismo; a Lei 11.445/2007 que implementou as diretrizes de saneamento básico, dentre outros normativos. A profusão legislativa que não associa recursos humanos e financeiros ao cumprimento de seu desiderato acaba agravando o quadro de ineficiência da gestão pública.

¹³⁹ ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3.ed.rev.atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 222.

¹⁴⁰ ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3.ed.rev.atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 222.

O autor adverte que decisões judiciais imprecisas ou de difícil cumprimento, como aquela que determina a matrícula de todas as crianças de determinada localidade no prazo de 30 dias, “sem indicar os meios ou exigir a apresentação de cronogramas físicos-financeiros para sua execução e acompanhamento são promessas tão vazias quanto as antigas declarações de direito, desacreditam o Judiciário e esvaziam sua força argumentativa [...]”.¹⁴¹ Segundo o autor:

Por outro lado, se as soluções judiciais forem tão falíveis como as dos demais poderes, ou seja, se não houver clareza, tanto do ponto de vista fático, quanto jurídico-normativo, a intervenção não estará autorizada, sob pena de remeter a atuação judicial ao subjetivismo e ao decisionismo, próprios dos Estados autoritários. Existe nas democracias políticas uma margem de discricionariedade e deliberação quanto às questões políticas que é característica da teoria da democracia. Abandonar esta margem, em síntese, seria abandonar a vertente atual do Estado Democrático Constitucional para permitir a sua absorção por um modelo de implementação judicial de soluções de problemas. A tarefa no Estado Social não deve e não pode depender somente do Poder Judiciário – postura inadmissível e deveras irreal. Ainda que tivéssemos uma superestrutura judiciária, seria pueril imaginar a assunção de todas as tarefas do Estado pelo Poder Judicial, esta não é, nem poderia ser, a proposta aqui defendida.¹⁴²

O cenário de não atendimento pelo Estado de seus deveres constitucionais impulsionou uma forte evolução jurisprudencial: de um momento inicial de apatia, em que não se admitia a intervenção judicial, à intensa judicialização da política e das grandes questões sociais. Este momento inicial de inércia, conhecido como passivismo judicial, pode ser constatado por inúmeros posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e das cortes federais que comprovam a evolução do tema.

O passivismo judicial é o oposto do ativismo judicial.

No campo político, o cenário de democracia e liberdade favorece a atitude ativista dos magistrados, uma vez que a livre judicialização da política, com a transferência para o Judiciário de grandes questões sensíveis à comunidade, impulsiona o “poder-normativo” dos juízes na reconstrução do estado plural e democrático de direito.¹⁴³

¹⁴¹ ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3.ed.rev.atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 236.

¹⁴² ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3.ed.rev.atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 223.

¹⁴³ Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a transição dos regimes autoritários para a abertura democrática brasileira constituiu fator fundamental para superação da passividade judicial, já que os governos militares não eram desafiados, rememorando que na entrada em vigor da Constituição em 1988, nove ministros da corte haviam sido nomeados no governo militar. A cautela foi sendo substituída por uma mudança de postura, notadamente na judicialização do processo eleitoral, como em 2006 no julgamento da verticalização das coligações partidárias, ou quando do julgamento do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas e tratamento de doenças graves, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Dimensões**

Nessa toada de passividade, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela autorestrição de seus poderes decisórios¹⁴⁴, bem como pela constitucionalidade de restrições legais à concessão de liminares e tutelas antecipadas contra o Poder Público, limitando a proteção judicial a direitos fundamentais¹⁴⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, de igual modo, já atuou de forma passiva em julgado que objetava o controle jurisdicional de política pública, opondo o princípio da separação de poderes e da insindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa.¹⁴⁶

Pela importância do tema, a questão concernente ao controle judicial da discricionariedade administrativa merece uma breve análise.

do ativismo judicial no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*, capítulo IV, item 3, paginação irregular.

¹⁴⁴ O STF, inicialmente, limitou a utilidade processual do mandado de injunção, por compreender a impossibilidade de legislar positivamente, cabendo apenas o reconhecimento da mora legislativa e comunicação ao Congresso para a produção legislativa respectiva, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

MI nº 107/DF. Distrito Federal. Relator Min. Moreira Alves. DJ, 23.11.1989. Disponível em: [http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MI%24.SCLA.+E+107.NUME.\)+OU+\(MI.ACMS.+ADJ2+107.ACMS.\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/buanduz](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI%24.SCLA.+E+107.NUME.)+OU+(MI.ACMS.+ADJ2+107.ACMS.)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/buanduz). Acesso em: 22 jan. 2019. Entretanto, hodiernamente, reconhece a corte que o Mandado de Injunção não pode figurar na Constituição como instrumento inerte e que não tutela direito algum. Assim, vem admitindo a satisfação do direito de forma subsidiária, ou seja, aplicação de determinada norma ao caso concreto, conforme se constata do célebre julgamento do direito de greve no serviço público (MI 670), inclusive com adoção do efeito *erga omnes*. Restou consignado no julgado que o Judiciário não pode permanecer em “omissão judicial”, notadamente diante das características dos direitos sociais conferidas no novo Estado Social, à diferença do antigo Estado Liberal. A partir dos conceitos de “omissão legislativa parcial” de “sentenças aditivas”, o Supremo adotou, provisoriamente, para as greves no serviço público, as regras aplicáveis no setor privado, conforme BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI nº 670/ES.** Espírito Santo. Relator atual Rosa Weber. DJ de 31.10.2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 22 jan. 2019. Nesse sentido, Carlos Augusto Alcântara Machado apresentou estudo pioneiro relacionado ao tema, cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção.** Um instrumento de efetividade da Constituição. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 223/DF.** Distrito Federal. Relator p/AC Min. Sepúlveda Pentece. DJ de 29.06.1990. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1496619>. Acesso em: 22 jan. 2019.

¹⁴⁶ A ementa do julgado é bastante explicativa: “ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infraestrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 169.876/SP.** São Paulo. Relator Min. José Delgado. DJU, 21.09.1998, p.70. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800239553&dt_publicacao=21/09/1998. Acesso em: 22 jan. 2019.

Este trabalho assentou que a separação de poderes não constitui regra de limitação do controle judicial de políticas públicas¹⁴⁷, em razão da incidência direta de princípios constitucionais, como a inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito, o acesso a justiça, a proibição de *non liquet*, a supremacia constitucional e, notadamente, a efetividade material dos direitos fundamentais.

No tema relativo à discricionariedade administrativa, a doutrina constitucional vislumbra a colisão de direitos fundamentais: de um lado a Administração Pública titular do direito fundamental a uma gestão administrativa voltada à persecução do interesse público e ao lícito poder discricionário na determinação da melhor conveniência e oportunidade na implementação de política pública; do outro lado, o cidadão, titular do direito fundamental a uma prestação estatal eficiente que assegure o gozo e fruição de direitos constitucionais.

Nesse sentido, compreendem-se as escolhas administrativas como escolhas estratégicas, dilema travado entre a necessidade estatal de tornar concretos direitos prestacionais fundamentais e as imensas dificuldades governamentais, decorrentes, sobretudo, de questões financeiras e orçamentárias – limitados recursos públicos.¹⁴⁸ Não é possível, no plano fático, assegurar o atendimento a todas as necessidades sociais da população, uma vez que o cenário estatal sempre se apresenta como de escassez de recursos.

No que toca ao aspecto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, a doutrina limitava este controle a aspectos procedimentais do ato administrativo, tais como a competência, objeto, forma, motivo e objeto. A discricionariedade estaria adstrita aos dois últimos elementos do ato administrativo: objeto e o motivo, constituindo a discricionariedade “uma liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas admitidas como válidas pela ordem jurídica vigente.”¹⁴⁹

Assim, a discricionariedade do administrador atua na escolha, dentre os vários resultados estabelecidos em lei, daquele que esteja vinculado à finalidade pública mais relevante no caso concreto, observada a conveniência e a oportunidade do agir administrativo na satisfação deste destacado interesse público, verificável no momento mais oportuno e adequado para a Administração pública.

¹⁴⁷ A restrição judicial veio expressamente destacada no art. 68 da Constituição Federal de 1934 que dispunha ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, conteúdo renovado pelo art. 94 da Constituição de 1937 e art. 173 da Constituição de 1967.

¹⁴⁸ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 71

¹⁴⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Para tanto, deve o administrador atuar no dever de realizar boas escolhas, no âmbito de uma boa Administração, que agasalhem o interesse público e representem, aos olhos da sociedade, escolhas consistentes na máxima eficiência para se alcançar o objetivo público da política eleita, e, ainda, com o mínimo de custo possível. Estas escolhas constituem o cerne do atuar administrativo, mas não são atos imunes ao controle judicial.

Aquilatar, avaliar e julgar escolhas administrativas nunca foi tarefa fácil para o juiz constitucional, notadamente na judicialização da saúde.¹⁵⁰

Contudo, como a discricionariedade é estabelecida conforme o direito, é delimitada pelos direitos fundamentais que irradiam efeitos por todo ordenamento jurídico, adstringindo o mérito administrativo. Eis a lição de Daniel Sarmento:

Conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizadas, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais como o da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência.

Atualmente, a melhor doutrina não aceita a ideia de que exista uma esfera de poder estatal absolutamente imune ao controle judicial, sobretudo em campo envolvendo direitos fundamentais.¹⁵¹

Considerando essas balizas, pode-se afirmar que a discricionariedade administrativa está bastante limitada e contida pelos direitos fundamentais, cabendo ao administrador implementar, à vista da razoabilidade, proporcionalidade e da reserva do possível, as políticas públicas que garantam a eficácia das normas constitucionais. Em caso de omissão, o Judiciário realizará a correção da mora funcional, determinando a concretização da medida.¹⁵²

¹⁵⁰ Lapidar a lição de Henrique Ribeiro Cardoso: “O juiz de primeiro grau é posto a resolver um conjunto problemas servindo-se unicamente da linguagem da evidência. A vontade alucinada de fazer justiça – no visível – ensejará mais injustiça – no invisível. Pela própria estrutura estreita do processo judicial, especialmente do processo individual, desatrelado do compromisso de sustentabilidade de sua decisão atual em relação ao futuro, sem qualquer comprometimento com a inclusão, ética e responsável, de terceiros prejudicados em sua decisão, sem qualquer responsabilidade processual com o resultado extraprocessual, preferindo o tópico ao sistemático, o juiz produzirá uma decisão que impactará todo o funcionamento do sistema, que criará mais claros que preenchimentos, realocando recursos previamente escolhidos, mas não criará novas fontes de custeio. A decisão judicial apagará incêndios pontuais, mas não contribuirá em nada para a discussão ou a solução do problema de implantação ótima da política pública da saúde. Em realidade, agravará os problemas que pretende solucionar”, conforme CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 90.

¹⁵¹ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 209.

¹⁵² A Lei nº 9.868/99, que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, preconiza em seu artigo 12-H, *verbis* “Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências

Por outro lado, os limites da atuação da correção judicial, em face da atividade administrativa, estão traçados na própria Constituição, não podendo o Judiciário exacerbar os poderes conferidos pelo Constituinte, sob pena de atuação excessiva ou arbitrária em face do Estado.

Assim, a atuação do juiz constitucional em face das políticas públicas deve ser executada com redobrada cautela, sob pena de esvaziamento da própria atividade administrativa, acarretando interferência excessiva de um poder sobre o outro. A precaução judicial deve ser aguçada quando a decisão importar em remanejamento ou realocação de recursos públicos, originariamente destinados a uma específica política pública. É que a decisão judicial poderá dismantelar a prévia programação administrativa elaborada para aquela política pública objeto do controle judicial.

É que não cabe, em regra, ao Judiciário tutelar interesse coletivo ou eleger quais metas e políticas públicas seriam mais apropriadas ou adequadas ao interesse geral. Contudo, se se trata de política pública discriminada na própria Constituição Federal, não há discricionariedade administrativa na deliberação sobre a oportunidade e conveniência de sua implementação, constituindo um poder-dever da Administração.

O Supremo Tribunal Federal, superando as vezes a discricionariedade administrativa, realiza, ele mesmo, escolhas trágicas e reivindica as prestações positivas em torno de direitos sociais em favor dos menos favorecidos, como na judicialização da saúde. Nesta seara, a corte constitucional, atendendo ao princípio da continuidade das políticas públicas essenciais, inadmite a interrupção de política social ou escolhas arbitrárias do administrador. Entende por priorizar os direitos fundamentais.¹⁵³

É certo que a saúde pública é orientada pelos princípios da universalidade e gratuidade, devendo alcançar a todos, sem preconceitos de qualquer natureza ou discriminações, uma vez que o atendimento aos mais necessitados é o núcleo deste direito

deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.” BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 05 fev. 2019.

¹⁵³ Na judicialização da saúde, este interessante julgado do Supremo tribunal Federal assegurou a ideia de justiça social, fraternidade e solidariedade, ao validar política pública de distribuição gratuidade de medicamentos a pessoas carentes, inclusive aquelas portadoras de doenças raras, efetivando preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5., caput, e 196), ressaltando que as promessas sociais da Constituição não cumpridas pelo Poder Público fraudam as expectativas da sociedade e a dignidade das pessoas acarretando omissão inconstitucional inadmissível. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 198.265**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 21.11.2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1632482>. Acesso em: 21 fev. 2019.

social, chegando-se a apontar, como dever do Estado, a ideia geral de promoção de meios para a cura das enfermidades da população, no intuito de se assegurar a vida humana com dignidade.

Conquanto as políticas públicas e econômicas governamentais na área da saúde procurem assegurar o acesso universal e igualitário à população, conforme comando constitucional (art. 196, CF/1988), é certo que não suprirão, ilimitadamente, todas as carências da população, sob pena de alcançar o colapso financeiro e econômico do orçamento público.

No Brasil, em razão da massificação das demandas, o que se observa é o cidadão melhor aquinhado, com assistência de uma boa banca de advocacia, receber tutela judicial diferenciada, mais eficaz e célere, seja na disponibilidade de caros medicamentos, seja para tratamentos cirúrgicos, demonstrando um quadro de irracionalidade na área da saúde pública, em que a grande massa populacional sofre nas filas do SUS e dos hospitais públicos, sem adequada assistência estatal.¹⁵⁴

A virulenta reação dos poderes constituídos provocou um recuo do Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no item 3.1. Para o fornecimento de medicamentos custosos não listados pelo SUS, passa-se a exigir comprovação da necessidade do fármaco e a incapacidade financeira do autor da ação, mesmo que a demanda se desenvolva sob os auspícios da necessidade da garantia da vida do cidadão e da dignidade do postulante.

Na quadra da saúde, não se nega a necessidade de impor limites à sindicabilidade judicial, notadamente na seara em que há necessidade de alocação ou remanejamento de recursos públicos. Mas a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, primando pelo aspecto orçamentário, e desconsiderando a urgente necessidade da garantia da vida e da dignidade humana, desbordou do comando constitucional.

É que configura componente essencial na adjudicação de políticas públicas pelo Judiciário, na concepção do Estado Democrático de Direito, o avanço do ativismo comprometido com a ideia de justiça distributiva para garantia do mínimo existencial.

Este trabalho defende a ideia da sindicabilidade judicial ilimitada em face do direito ao mínimo existencial, inclusive no que toca ao argumento da reserva do possível, adotando o fundamento causal lançado por Ana Paula de Barcellos:

¹⁵⁴ O exemplo recorrente é o caso da criança Sofia Gonçalves de Lacerda, então com seis meses de idade, diagnosticada com a Síndrome de Berdon. Através de renomada banca de advocacia obteve a condenação da União ao pagamento de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) para intervenções cirúrgicas realizadas nos EUA, demanda esta que está longe de corresponder a um acesso universal e igualitário nas ações de saúde no Brasil, conforme nota 221, p. 98.

A ideia, como descrita acima, é a de que o argumento da reserva do possível não pode ser suscitado contra a exigibilidade do mínimo existencial pois seu conteúdo descreve o conjunto de prioridades constitucionalmente definidas para a ação estatal. Isto é: prioritariamente a qualquer outra atividade, cabe ao Estado empregar recursos para o atendimento daquilo que se entenda, em determinado momento histórico de uma sociedade, o mínimo existencial. Assim, se algum indivíduo demonstra encontrar-se desprovido dos bens ou serviços inerentes a esse mínimo, é porque o Estado, em um momento anterior, terá agido de forma inconstitucional, destinando recursos a outros fins sem haver atendido, antes, a prioridade constitucional. Nesse contexto, ao empregar o conceito do mínimo existencial o juiz está dispensado de examinar o argumento da reserva do possível, uma vez que essa questão já terá sido avaliada quando da construção do próprio conceito.¹⁵⁵

Nesse sentido, a tutela do mínimo existencial é condizente com o alargamento da adjudicação das políticas públicas, refutando-se o argumento da separação de poderes, da discricionariedade administrativa, da limitação orçamentária, da argumentação pragmática consequencialista estabelecida na Lei nº 13.655/2018, ou da aplicação da teoria da reserva do possível.

Segundo Alexandre Ferrari Vidotti esta complexa equação atende ao valor justiça prescrito no Preâmbulo da Constituição Federal:

De qualquer modo, constitucionalizar políticas públicas (uma opção de governos, como no caso do Brasil), pode ensejar o cotejo pelo signo da justiça distributiva, pela solidariedade como estratégia de ação nos temas públicos não estatais, pela formulação em sede constitucional de escolhas morais excluídas como possibilidade nessa sociedade que se organiza e, finalmente, orientar o agir do poder à diferenciação comprometida com a igualdade material ou o fomento de atuações a que se confira um especial peso, num processo de valorização desenhado pela própria Constituição. Constitucionalizar políticas públicas pode significar uma opção por um reforço aos caracteres exigíveis desse novo Estado que já rompeu o século XXI e que enxerga não apenas as suas funções tradicionais de garantidor da coesão social e da segurança, mas também, a de regulador e promovedor da justa distribuição de renda e dos serviços públicos essenciais.¹⁵⁶

Interessante é que o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra interpretativa das normas constitucionais, de forma abrangente, sempre adotou a ampla adjudicação de políticas públicas, conforme posicionamento lançado na paradigmática Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, cujo trecho do voto passa-se a transcrever:

¹⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 356-357. Conforme se verá, a autora sistematiza e restringe o controle judicial do mínimo existencial a quatro elementos constitucionais, com o que este trabalho não concorda.

¹⁵⁶ VIDOTTI, Alexander Ferrari. **A judicialização de políticas públicas de saúde e efeitos na gestão administrativa no âmbito do Estado de São Paulo**. Jundiaí, São Paulo: Paco editorial, 2016. *E-book*, capítulo 5, item. 3.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...]. É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...]. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.¹⁵⁷

A jurisprudência da corte é construtiva e muitos são os julgados favoráveis ao acolhimento da tese da ampla sindicabilidade das políticas públicas que garantam o mínimo existencial.¹⁵⁸

3.3 Objeções à adjudicação de políticas públicas

São muitas as objeções levantadas contra a adjudicação de direitos e de políticas públicas pelo Poder Judiciário, cujo protagonismo, como verdade constitucional, refuta a neutralidade ou passividade judicial.

A reserva do possível será analisada no capítulo seguinte.

Ao ocupar os espaços vazios, o Judiciário fortalece sua legitimidade constitucional, sobretudo pela formação da opinião pública favorável, convencida da motivação jurídica da decisão que protege o direito fundamental no âmbito da atuação contramajoritária. É o que ocorreu, recentemente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 do Distrito Federal.

Ao decidir pela criminalização da homofobia, o relator e decano da corte, Ministro Celso de Melo criticou, severamente, a mora do Legislativo com relação a não edição da

¹⁵⁷ Na ADPF n. 45 restou assentado que as decisões judiciais no campo das políticas públicas devem se pautar: (i) no mínimo existencial indispensável à vida digna de cada pessoa; (ii) na razoabilidade da pretensão exercida em face do Poder Público; e (iii) na existência de disponibilidade econômico-financeira do Estado para cumprir o provimento almejado, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45**. Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. DJU, 04.05.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 11 fev. 2019.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 482.611/SC**. Santa Catarina. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 06.04.2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2391964>. Acesso em: 03 mar. 2019.

competente norma regulamentadora da matéria, realçando o necessário papel ativista do Poder Judiciário na defesa do direito das minorias:

Nesse contexto, incumbe aos Juízes da Corte Suprema do Brasil o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados. [...]. O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Não constitui demasia destacar a importância do Poder Judiciário na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado, pois os magistrados e Tribunais, notadamente este Supremo Tribunal Federal, exercem papel que se reveste de significativo relevo político-jurídico nas formações sociais que integram, eis que não há, na história das sociedades políticas, o registro de um povo que, despojado de um Judiciário independente, tenha conseguido, mesmo assim, preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.¹⁵⁹

Na análise das objeções à sindicabilidade judicial, a primeira lição diz com a necessidade de respeito à independência e harmonia entre os Poderes, conforme preconizado no art. 2º da Constituição Federal, não se admitindo que o Judiciário, mesmo legitimado a julgar as condutas comissivas e omissivas estatais, extrapole, desmedidamente, os limites da razoabilidade, não se podendo desdenhar da legitimação política e popular dos demais entes políticos – Legislativo e Executivo.

Na adjudicação de políticas públicas, é certo que contrapor-se aos argumentos políticos do Legislativo e Executivo, inclusive no controle orçamentário, constitui fonte de desarmonia e tensão institucional, mas é fundamental afastar o argumento trivial de que a judicialização não poderia prosperar por atuar sobre um juízo eminentemente político, sob pena de importar violação ao princípio da separação de poderes.¹⁶⁰

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26/DF**. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 18.02.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 28 fev. 2019. A íntegra do voto do relator está em POMPEU, Ana. Leia o voto do ministro Celso de Mello sobre a criminalização da homofobia, **Revista Consultor Jurídico**, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/leia-voto-celso-mello-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 28 fev. 2019.

¹⁶⁰ Contemporaneamente, afirma-se que a jurisdição constitucional formula conteúdos e atua praticamente em todos os quadrantes das esferas governamentais, inclusive em atos até então tidos como imunes ao controle jurisdicional – os atos políticos por excelência – como a nomeação de um Ministro de Estado. Sequer a deliberação democrática escapa à função jurisdicional. Na gestão da ex-Presidente do Brasil, Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal suspendeu o ato de nomeação de Luis Inácio Lula da Silva, ex-mandatário da República, como Ministro de Estado, por desvio de finalidade pública. CANÁRIO, Pedro. Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de março de 2016.

Segundo Barroso, todas as esferas de poder estão vinculadas aos preceitos do direito:

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. [...]. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.¹⁶¹

Sabe-se que toda política pública está arrematada em fundamentos políticos e jurídicos, uma vez que o contorno da ação governamental passa, necessariamente, por uma atuação legislativa, estando, *a priori*, vinculada ao princípio da legalidade. Ambos os fundamentos – político e jurídico - uma vez desbordados do esquema constitucional, estão sujeitos ao crivo do Judiciário, em especial ao controle de constitucionalidade dos atos estatais, amplamente assegurado pela carta constitucional.

No panorama brasileiro de alta litigiosidade, de complexidade das demandas sociais, de profunda desigualdade social e de elevada burocracia que emperra o desenvolvimento da sociedade, revela-se imperativo a ampliação, e não a restrição, do controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.

Neste quadrante, cuida-se de verificar se as políticas públicas estão verdadeiramente tutelando os objetivos republicanos estatuídos no art. 3º da Constituição Federal, bem como protegendo os direitos fundamentais. O atendimento desta função essencial representa fundamento vinculante do ato estatal. Os deletérios desvios na formulação ou na execução da política pública importam em grave sanção: nulifica o ato administrativo, gera a obrigação do ressarcimento ao erário dos danos verificados, podendo acarretar a responsabilidade criminal do infrator.

Apesar do cenário favorável à ampla sindicabilidade, a doutrina constitucional propaga objeções em face do crescente protagonismo do Judiciário. São objeções que devem ser estudadas e levadas a sério pela doutrina constitucional. Contudo, as objeções apontadas,

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-18/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-lula-casa-civil>. Acesso em: 05 mar. 2019.

¹⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008, p. 13. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5. Acesso em: 05 mar. 2019.

diante do princípio da supremacia da Constituição Federal, têm sido superadas nas mais diversas esferas judiciais.

A mais sensível objeção diz com a ausência de legitimidade democrática dos juízes – cidadãos não eleitos, não submetidos à responsabilidade política ou à avaliação periódica em eleições - uma vez que a jurisdição constitucional denotaria uma concepção antidemocrática ao admitir a eliminação do sistema jurídico de norma elaborada pelo Legislativo, composto por representantes eleitos pelo povo. Além do mais, a invasão pelo Judiciário das competências das demais esferas ofenderia a separação dos poderes e o princípio majoritário.

No controle jurisdicional poderá haver temperado grau de deferência (não reverência) pelo Judiciário às opções do Legislativo. Este juízo de proporcionalidade no âmbito do cenário democrático acarreta dois reflexos: por vezes admitirá um controle judicial mais contundente; por vez mais débil, a depender do caso concreto em que as necessidades humanas se apresentam.

A doutrina aponta as duas principais correntes que discutem a legitimidade constitucional do controle jurisdicional de políticas públicas: a corrente procedimentalista e a corrente substancialista. Como será anotado, Carlos Ayres Britto compreende ainda o florescimento da democracia fraternal no moderno arranjo constitucional brasileiro.¹⁶²

Segundo a tese capitaneada por Jürgen Habermas e, no Brasil, por Marcelo Campos Galluppo¹⁶³, a solução para o *deficit* democrático do Judiciário seria a adoção da teoria procedimentalista da democracia, em que os valores substantivos da sociedade deveriam ser escolhidos por meio de deliberação democrática, ou seja, pelo Poder Executivo e Legislativo - e não pelo Poder Judiciário - vedado o ativismo judicial.

Reserva-se ao Judiciário apenas a garantia dos procedimentos que garantam a formação da opinião e da vontade política, a partir do exercício da própria cidadania, evitando que juízes não eleitos ofendam o princípio democrático e deliberem sobre política e valores fundamentais da comunidade.

Sustenta Jürgen Habermas que só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos. A legitimidade do direito estaria atrelada ao princípio democrático e de práticas comunicativas

¹⁶² BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 2 reimp. Belo Horizonte: Forum, 2012.

¹⁶³ GALUPPO, Marcelo Campos. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

de autodeterminação em que os cidadãos livres interpretam e concretizam os ideais constitucionais, cabendo aos próprios destinatários do direito se auto-referenciarem como autores desse direito, minimizando os conflitos na sociedade.¹⁶⁴

Para o filósofo alemão, a essência da democracia procedimentalista que justifica o poder político está inserida em um processo público de ampla deliberação, acessível a todos os cidadãos livres e iguais, compreendendo ainda que o direito produzido nessa ambiência discursiva estaria imune à via judicial não democrática, cabendo ao próprio Parlamento averiguar a legitimidade desta deliberação pública: “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, devendo-se reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o que pode assumir as proporções de um processo judicial”.¹⁶⁵

Portanto, para a hipótese de controle jurisdicional de política pública, a tese alemã vincula a democracia com o reconhecimento de um direito de participação do cidadão nas decisões públicas. Segundo Felipe de Melo Fonte,

O processo judicial jamais terá a mesma capacidade de absorção do processo político, de modo que permitir que ele se convole no instrumento primário de decisões públicas, é, a toda evidência, desconsiderar o direito individual de igual participação que todas as pessoas possuem em uma democracia. Mais que isso, a judicialização das decisões em políticas públicas acaba por extirpar uma etapa do ciclo [...] exatamente a que consiste na apresentação de soluções pelos diversos grupos sociais para as questões que compõem a agenda institucional.¹⁶⁶

A despeito da importância da tese, a superação do argumento procedimentalista encontra eco na doutrina alienígena e nacional, a exemplo de Mauro Capelletti e Lenio Luiz Streck.

Segundo Lenio Streck, a teoria habermasiana vai de encontro a ideia de um Poder Judiciário protagonista na concretização dos direitos fundamentais e dos mais relevantes valores constitucionais, limitando a atuação do Tribunal Constitucional à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, à garantia de preservação de procedimentos legislativos que componham a autonomia dos cidadãos, atuando para que a

¹⁶⁴ Segundo Habermas: “De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, v. I, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2012, p. 164.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, v. I, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2012, p. 301. No caso de políticas públicas, o desenvolvimento desta tese alienígena está alicerçada no argumento político de que

¹⁶⁶ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 186.

cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução, sem invasão de competências dos demais entes.¹⁶⁷

Para o autor, no processo político o tribunal constitucional não assume a posição de guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais e os juízes somente seriam imparciais se resistissem à tentação de preencher o espaço de interpretação com juízos morais, ou seja, uma interpretação dirigida por princípios e axiomas, no sentido da prática interpretação construtivista conduzida por Ronald Dworkin.

Lenio Streck problematiza a teoria de Habermas sob dois aspectos: a) compreende que a teoria está longe de se concretizar em países de constitucionalismo tardio como o Brasil – marcado por grave exclusão social e inefetividade de direitos - ficando o mito do cidadão autônomo, livre e integrante de uma democracia deliberativa participativa longe da realidade política e institucional nacional e b) quando a teoria do filósofo alemão destina à corte constitucional a função exclusiva de garantir procedimentos democráticos que assegurem a formação da cidadania através da opinião e da vontade política, despreza o propósito do texto constitucional que contempla valores e princípios substantivos, bem como a força da coerção exercida pelo Estado para impor suas normas, pelo que reduz a autonomia e autossuficiência do cidadão.¹⁶⁸

Nesse sentido, a teoria procedimentalista despreza o paradigma do Estado Democrático de Direito - modelo que superou o Estado liberal e Social - ignorando a “especificidade do jurídico presente nas Constituições [...] naquilo que diz respeito à função social do Direito”:

Trabalhando o texto constitucional apenas no seu sentido procedimental, abre-se espaço para o entulhamento (no sentido hermenêutico-heideggeriano) daquilo que a Constituição é no seu sentido negativo: os direitos sociais não realizados, os direitos fundamentais não respeitados. Além disso, corre-se sempre o risco de entender o Direito – no que se relaciona aos valores substantivos constitucionais – como um mecanismo (meramente) redutor de complexidades, impedindo o aparecer do sentido transformador próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. Corre-se o

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 05 mar. 2019

¹⁶⁸ Para Lenio Streck, a teoria de Habermas deve ser contextualizada, “levando em conta as especificidades de países como o Brasil, onde – insisto – não passamos pela etapa do Welfare State [...]. Antes da crise que envolve os modelos liberal e do Estado Social, há que superar, em países como o Brasil, uma crise anterior, isto é, a crise de paradigma liberal-individualista, que, diante do novo modelo do Estado Democrático de Direito, traduzido pelo processo constituinte – portanto, pacto fundante do que se propôs como o novo – obstaculiza o aparecer (Ereignen) da própria Constituição.” STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 268, maio/ago. 2003, p. 268.

risco, finalmente, de transformar o Direito Constitucional em um Direito Constitucional simbólico, frustrando as expectativas exsurgentes do contrato social, entendido aqui, conforme já se viu, a partir de um paradigma hermenêutico.¹⁶⁹

Assim, a tese da democracia substancialista, influenciada pelo *judicial review* americano, tem ampla aceitação nacional e admite um abrangente controle jurisdicional dos atos estatais.

Neste caso, a justificação filosófica estaria na concepção de que os direitos fundamentais representam os valores materiais escolhidos pela sociedade no momento da Constituinte – de máxima manifestação da soberania popular – e que garantem o funcionamento da democracia, ou seja, “quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo, estão na verdade, a proteger o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais”¹⁷⁰

Na quadra atual de desenvolvimento histórico de afirmação do constitucionalismo fraternal, conforme anunciado no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, Carlos Ayres Britto, ao enaltecer o humanismo como categoria constitucional e apontar o profundo liame entre democracia e humanismo, conceitua a terceira dimensão do humanismo como o “*status* civilizatório ou elevado padrão de civilidade de todo um povo”. Segundo o autor:

Sendo assim, dá-se verdadeira fusão entre vida coletiva civilizada (culturalmente vanguardeira, foi dito) e democracia. Isto no sentido de se entender por vida em comum civilizada aquela que transcorre, circularmente, nos arejados espaços da contemporânea democracia. Com o que o humanismo e a democracia passam a formar uma unidade incindível. Inapartável.¹⁷¹

A democracia, regime que renova a configuração político-civil do Estado e assegura a o pleno desenvolvimento do humano nos campos da política, saúde, educação, economia, sendo a sede natural do humanismo, e este o seu correlato tema central.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 268, maio/ago. 2003, p. 268.

¹⁷⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. 2005. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, p. 42. De acordo com essa concepção, a qual esta dissertação adere na íntegra, deve-se repelir o entendimento de que o problema da sindicabilidade no Brasil estaria ligado a ideia de inflação de direitos fundamentais promovida pela Constituição Federal de 1988. Esta ideia vai de encontro a todo o sistema de proteção de direitos humanos previsto em Tratados e normativos internacionais, uma vez que a incorporação ao sistema normativo interno de cada Estado integrante da ordem democrática é um imperativo categórico, a ser realizado na maior medida do possível.

¹⁷¹ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 2 reimp. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 33.

Assim, além das clássicas configurações procedimentalista e substancialista da democracia, que asseguram o núcleo decisório do poder-político e as ações distributivas no campo econômico e social, Carlos Ayres Britto anota o traço fisionômico mais contemporâneo da democracia: a democracia fraternal, aquela em que a justiça é tida como valor supremo, em uma sociedade pluralista, sem preconceito e fraternal.

Segundo o autor:

III - democracia fraternal, caracterizada pela positivação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliado com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de ações afirmativas que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais, como os multirreferidos segmentos dos negros, dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física (espécie de igualdade civil-moral, como ponto de arremate da igualdade política e econômico-social).

4.5. É o quanto basta para a dedução de que o humanismo enquanto vida coletiva de alto padrão civilizatório é aquele que transcorre nos mais dilatados cômodos da contemporânea democracia de três vértices: a procedimentalista, a substancialista e a fraternal. Os dois termos (humanismo e democracia) a se interpenetrar por osmose, e não mais por simples justaposição. Donde a metáfora da transubstanciação.¹⁷²

Nesta dimensão, o constitucionalismo fraternal absorve a dimensão do humano e se serve da dignidade inata ao homem para fundamentar o próprio Estado democrático, “que faz da mais ampla participação popular o aplainado caminho de busca da mais abrangente inclusão social e integração comunitária.”¹⁷³

É na concepção deste constitucionalismo democrático fraternal, na atuação de ações afirmativas de inclusão do homem, que se acentua o caráter criativo e transformador que a postura ativista dos tribunais pode imprimir. Cappelletti assevera que, sendo tarefa essencial dos órgãos julgadores a proteção dos direitos fundamentais em face dos poderes públicos, coube-lhes o desafio de dar conteúdo aos preceitos, conceitos e valores, bem como o compromisso de atuar, juntamente com os outros poderes, para realizar os programas constitucionais.¹⁷⁴

Constitui dever do Poder Judiciário promover a defesa da democracia e dos direitos fundamentais e esta concepção da jurisdição na tutela de direitos fundamentais é vital para a legitimidade democrática do Poder Judiciário.¹⁷⁵

¹⁷² BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 2 reimp. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 34-35.

¹⁷³ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 2 reimp. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 42.

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 66-69.

¹⁷⁵ Em substancial estudo sobre a força dirigente da Constituição, após apontar os fundamentos da Republica (art.

Diante de todo este panorama, tem-se que os direitos fundamentais legitimam o *judicial review*, limitam a atuação dos poderes estatais e essa função, digamos, antidemocrática¹⁷⁶ da revisão judicial, notadamente na defesa do direito das minorias, acaba por assegurar, de forma concreta, o que a tese oposta procedimentalista se propõe: a integração dos cidadãos no processo político.

Portanto, as teses substancialista e fraternal da democracia estão perfeitamente autorizadas pela Constituição Federal, sem olvidar a interdição do próprio Parlamento no sentido de deliberar proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos individuais (art. 60, §4º, IV, CF/88).

Superada esta objeção ao controle jurisdicional e afirmada a legitimidade democrática do Judiciário, uma segunda objeção necessita ser enfrentada: as imensas deficiências estruturais do Judiciário no desafio do controle de políticas públicas.

Teria o Judiciário capacidade institucional de exercer, tecnicamente, este controle?

A questão do déficit de expertise do aparato judicial está fortemente relacionada ao tema do aprimoramento da tutela judicial do controle jurisdicional de política pública.

É que a dimensão da atuação judicial deve ser medida de acordo com um pressuposto fático essencial delineado pelo caso concreto: a vida da política pública. Segundo Eduardo Cambi: “O Judiciário poderá formular políticas públicas, quando inexistente, implementar aquela que já existe mas não foi cumprida ou, ainda corrigir aquelas que estejam porventura equivocadas.”¹⁷⁷

A depender da hipótese concreta, a atuação do Judiciário exigirá mais ou menos esforços humanos e tecnológicos para se chegar à justa decisão.

Se a política pública é inexistente, o Judiciário determina a sua formulação, caso se depare com não efetividade de algum direito fundamental.

1º), seus objetivos (art. 3º) e o estratégico método de separação de poderes (art.2º), apontando para uma formatação que revela o Poder Judiciário como garantidor “da efetividade dos comandos constitucionais”, pondera Britto que “Exatamente por se colocar a serviço da vontade permanente da nação, depositada no corpo normativo da Constituição originária, é que a chamada atuação contramajoritária do Poder Judiciário em nada ofende a pureza do protoprincípio da Separação dos Poderes. Como não agride o sumo princípio da Democracia, pois a majoritariedade que é inerente a ela, Democracia, tem a precedê-la uma outra e mais alta majoritariedade: a que provém das decisões tomadas pela nação que se reúne em Assembléia Constituinte”. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 2 reimp. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 112.

¹⁷⁶ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 231.

¹⁷⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 199.

Se a política pública está em execução, cumprindo-se os objetivos previstos na lei que a instituiu, atendendo os contornos constitucionais, deve-se privilegiar a esfera de liberdade de conformação das demais esferas de Poder, não havendo razão para a ação interventiva. Assevera Hermes Zaneti Junior que, neste caso, a atuação do Poder Judiciário “não assume uma configuração autoritária, pois, havendo o exercício adequado das funções atribuídas a cada poder, a intervenção judicial será despicienda – carecerá de força jurídica.”¹⁷⁸

Por outro lado, se a política pública existe, mas é deficiente e ineficaz, justifica-se a plena sindicabilidade para assegurar a sua exigibilidade, o que poderá demandar grandes esforços da jurisdição para a composição da lide, a depender da natureza da demanda judicial, da complexidade da política instituída e da cooperação dos demais atores processuais.

Para uma maior racionalidade deste quadro, Gustavo Binembomjm adota os seguintes parâmetros para o controle judicial: a) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o controle judicial; b) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, menor deverá ser o controle judicial; c) quanto maior o grau de politicidade da matéria, menor deve ser o grau de controle judicial; d) quanto maior o grau de participação social no processo de deliberação que resultou na decisão, menor deve ser o controle por parte do Judiciário; por fim, e) quanto maior o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais, maior deve ser o controle judicial.¹⁷⁹

Esse panorama doutrinário aponta elementos normativos, técnicos e políticos a justificar uma maior ou menor atuação jurisdicional, dimensionando a capacidade institucional do Poder Judiciário, ou seja, sua aptidão em produzir a melhor decisão para o caso. O elemento político indica uma intervenção mais acentuada para o caso de restrição aos direitos fundamentais, como no caso de uma programação estatal de distribuição de alimentos com exclusão de determinada parcela da população. Nesse sentido é que o elemento normativo se apresenta como o mais relevante, pois o elemento jurídico baliza os termos da política pública, possibilitando a análise e contenção da discricionariedade, cumprindo o postulado constitucional da segurança jurídica.

O modelo forte de adjudicação das políticas públicas no Brasil é aquele que elimina a discricionariedade administrativa e as opções políticas dos gestores, que ficam estritamente

¹⁷⁸ ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3.ed.rev.atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 235.

¹⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239-240.

vinculados a concretude da norma constitucional de garantia do mínimo existencial, a exemplo do que vem ocorrendo na área da judicialização da saúde.

Por certo é inadmissível a sindicabilidade ilimitada e absoluta em face de toda e qualquer política pública instituída pelo Poder Legislativo ou Executivo, mesmo porque essa concepção, além de ilusória e desmedida, representaria a total descrença do Judiciário, uma vez que em razão de suas limitadas capacidades funcionais, possivelmente a decisão não surtiria os efeitos pretendidos pelo postulante. Essa limitada capacidade é mais sentida nas ações individuais, cujo espectro de competência é menos abrangente do que as ações coletivas ou abstratas, a exemplo das ações diretas de inconstitucionalidade e a ação civil pública.

Sem olvidar que o Judiciário deve atentar para a perspectiva temporal relativa ao desdobramento natural de uma política pública, não se demonstrando adequado, muitas vezes, uma *incontinenti* e paralisante intervenção judicial que reconfigure ou substitua estratégias traçadas *a priori* pela administração, até porque alguns efeitos pretendidos com a política pública podem demandar algum tempo para amadurecer e se fazer sentir concretamente.¹⁸⁰

Quanto ao tema da capacidade institucional do Judiciário, adverte Luis Roberto Barroso:

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência. Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade²², segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.¹⁸¹

¹⁸⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2.ed. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 110.

¹⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5. Acesso em: 04 mar. 2019.

Constata-se que o autor aponta as duas principais dificuldades decorrentes da deficiente capacidade institucional ou operacional do Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas: a falta de expertise dos juízes e o risco de efeitos sistêmicos.

Para Barroso, o juiz constitucional é acostumado a lidar com o sistema de microjustiça, representada pela “visão de túnel”, ou seja, limitada aos contornos do caso concreto, marcadamente identificado nas demandas individuais. Ao ingressar na carreira, e mesmo no exercício da função, o magistrado não desenvolve uma percepção macrosocial para compreensão de uma política pública estatal e todas as suas variantes, cenário agravado pelo risco de efeitos sistêmicos¹⁸², imprevisíveis e indesejados advindos de determinada decisão, capazes, inclusive, de desarticular toda uma programação estatal complexa, a exemplo de uma política de saneamento básico.¹⁸³

Interessante é que no curso do mencionado estudo, o citado constitucionalista advoga que, nos casos de aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, haveria necessidade de uma postura de deferência do Judiciário para com os Poderes Legislativo e Executivo, “cedendo passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade”, a exemplo da questão da demarcação de terras indígenas ou transposição de rios.

Contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, já se debruçou sobre estes temas. No conhecido caso da demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol, de notória complexidade, por envolver questões sociológicas e antropológicas, a corte constitucional exerceu a jurisdição concretamente, superando as nuances inerentes a matéria, estabelecendo uma espécie de regime jurídico aplicável ao caso, disciplinando as inúmeras relações jurídicas advindas do litígio. Vale dizer, mesmo acusada de exercer poder normativo e extrapolar os limites das funções jurisdicionais, o certo é que a corte constitucional aplicou a Constituição, encontrando a decisão mais justa e adequada que o complexo litígio recomendava.¹⁸⁴

¹⁸² No julgamento do REsp n. 962934, relator originário Teori Zavaski, debatia-se a indenização moral proposta por detento em razão das condições sub-humanas que passava na cadeia pública. O relator compreendeu a violação do direito ao mínimo existencial, pois o detento deve ter a dignidade assegurada, o que não ocorria no caso concreto. Todavia, negava a indenização, sob pena de esgotamento de recursos públicos decorrentes da avalanche de processos fruto do efeito sistêmico da decisão, pois toda a população carcerária demandaria uma indenização. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 962934/MS**. Relator atual: Min. Francisco Falcão. DJ, 25.04.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 10 fev.2019.

¹⁸³ BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5. Acesso em: 04 mar. 2019.

¹⁸⁴ Em forte posição ativista, criticada por segmentos da comunidade jurídica, em especial pela suposta afronta ao princípio da separação dos poderes e exercício de atividade normativa, a corte constitucional disciplinou

Para superação do déficit de expertise, ou fragilidade orgânico-funcional do Poder Judiciário, faz-se necessário remodelar a atual concepção gerencial do Judiciário, a fim de que se cumpra a vontade constitucional de assegurar efetividade aos direitos fundamentais. A técnica e a tecnologia na consecução de uma política pública são elementos vitais a uma Administração e necessitam compreensão pelo Judiciário, mas não podem constituir elemento limitador absoluto da ação interventiva, devendo o juiz servir-se de todo aparato processual, como o do auxílio de peritos, evitando extrapolar sua esfera de conhecimento particular. O que não se admite é o *non liquet*.

A Constituição Federal, no intuito de dotar o Poder Judiciário de instrumentos necessários ao enfrentamento de complexas demandas, e alcançar uma célere e adequada decisão, incluiu na estrutura orgânica do Poder Judiciário, por meio da EC nº 45/2004, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça (art. 92, I-A, CF), competindo-lhe o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (ar. 103-B, § 4º, CF/1988).

Promove-se assim um amplo redimensionamento da autonomia financeira, administrativa e gerencial do Poder Judiciário.

Através do poder normativo atribuído ao CNJ, constata-se o aprimoramento das funcionalidades do Judiciário, anotando-se aqui algumas das mais relevantes para a tutela jurisdicional: a) garantia da autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, possibilitando a ampliação de seu campo tecnológico e humano, facilitando a criação departamentos especializados no auxílio à prestação jurisdicional, notadamente nas demandas sociais complexas¹⁸⁵; b) transparência na remuneração dos magistrados e servidores¹⁸⁶; c) fiscalização

amplamente a questão da demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da conhecida reserva indígena Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, alvo de grande disputa entre agricultores ocupantes da região e grupos indígenas instalados na área demarcada. Apesar da complexidade do tema e das implicações para os litigantes, o relator admitiu, excepcionalmente, a instituição de um regime jurídico específico para regular o caso, sob pena de não se conseguir concretizar direitos fundamentais dos indígenas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PET nº 3388/RR**. Roraima. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. DJ, 04.02.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 12 fev. 2019.

¹⁸⁵ Providência muito útil adveio da Resolução/CNJ n. 238/2016, orientando os tribunais instituir comitês estatuais de saúde, visando subsidiar os magistrados para uma eficiente solução das demandas judiciais que envolvem saúde pública. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 238 de 06/09/2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2339>. Acesso em: 05 mar. 2019). No Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, o NAT/JUD é uma instância colegiada, de natureza consultiva, para assessorar, tecnicamente, as demandas de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, internações, dentre outras atribuições, manifestando-se previamente em todas as ações que visam prestações de saúde. De forma cooperada, foi celebrado o Acordo de Cooperação técnica n. 31/2016 entre o Município, Estado e Poder

da produtividade dos juízes, assegurando o princípio da duração razoável do processo¹⁸⁷; d) racionalização de procedimentos para eficiência judicial em áreas sensíveis à população, a exemplo dos departamentos de precatórios¹⁸⁸; e) exigência para o cumprimento de Convenções e Tratados internacionais na esfera penal¹⁸⁹; f) exigência para o cumprimento de Convenções e Tratados internacionais na proteção dos direitos humanos¹⁹⁰, dentre tantas outras orientações.

A Constituição Federal procura, assim, superar a objeção relativa a fragilidade funcional do Poder Judiciário, dotando-o de mecanismos técnicos, visando o pleno atendimento do seu mister constitucional para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. O debate no âmbito processual constrói o verdadeiro discurso jurídico e fortalece o ambiente democrático para apontamento de direitos e deveres dos litigantes, mesmo diante de questão de alta indagação técnica.

Judiciário local, conforme noticiado em SERGIPE; Tribunal de Justiça de Sergipe. TJSE é o primeiro tribunal do país a integrar serviços do NAT/JUD ao processo judicial eletrônico. **Agência de Notícias**, Aracaju, 18 Outubro 2018. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/agencia/noticias/item/10916-tjse-e-o-primeiro-tribunal-do-pais-a-integrar-servicos-do-nat-jud-ao-processo-judicial-eletronico>. Acesso em: 05 mar. 2019.

¹⁸⁶ Conforme Resolução/CNJ n. 272/2018 que institui codificação padronizada de rubricas e cria a lista unificada de rubricas de pagamento dos magistrados. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 102 de 15/12/2009**. Dispõe sobre a regulamentação da publicação de informações alusivas à gestão orçamentária e financeira, aos quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias dos tribunais e conselhos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=69>. Acesso em: 05 mar. 2019.

¹⁸⁷ Conforme Resolução/CNJ n. 49/2015 que institui e regulamenta o módulo de produtividade mensal do Poder Judiciário dos juízes e serventias judiciárias. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 49 de 18/08/2015**. Institui e regulamenta o Módulo de Produtividade Mensal do Poder Judiciário dos juízes e serventias judiciárias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2175>. Acesso em: 05 mar. 2019.

¹⁸⁸ O gerenciamento e racionalização dos recursos aportados para o pagamento de precatórios pelo Judiciário dos Estados trouxeram grandes benefícios para a população. Assim, o CNJ editou a Resolução n. 115/2010, dispondo sobre a gestão de precatórios no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=86>. Acesso em: 05 mar. 2019. No Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, o departamento de precatório fora instalado através da Portaria Normativa GP1 n. 25/2013. No biênio 2017/2019 pagou mais de 172 milhões de reais em todas as modalidades de precatórios, a mais de 3.300 credores, conforme noticiado em SERGIPE; Tribunal de Justiça de Sergipe. **Precatórios: TJSE apresenta relatórios de atividades do biênio 2017/2019**. **Agência de Notícias**, Aracaju, 24 Janeiro 2019. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/agencia/noticias/item/11060-precatorios-tjse-apresenta-relatorios-de-atividades-do-bienio-2017-2019>. Acesso em: 05 mar. 2019.

¹⁸⁹ Conforme Resolução/CNJ n. 213/2015 que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa ao juiz competente no prazo de 24 horas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2234>. Acesso em: 05 mar. 2019).

¹⁹⁰ Conforme Resolução/CNJ n. 212/2015 que institui o fórum nacional do Poder Judiciário para monitoramento e efetividade das demandas relacionadas à exploração do trabalho em condições análogas à de escravo e ao tráfico de pessoas (FONTET). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 212 de 15/12/2015**. Institui o Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Efetividade das Demandas Relacionadas à Exploração do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas (FONTET), com o objetivo de elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento do sistema judicial quanto ao tema. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2228>. Acesso em: 05 mar. 2019.

Por certo que o desmonte histórico da estrutura e as dificuldades do aparato judicial prejudica o controle de políticas públicas. Tanto a judicialização da política, quanto a politização do Judiciário agravaram sensivelmente a imagem do Judiciário, uma vez que a eficiente e célere tutela judicial quase nunca se concretiza na vida do cidadão, em razão da explosão da demanda e da elevada carga de trabalho que afeta os magistrados.

Eduardo Cambi, em conclusão, aponta as debilidades do sistema de justiça no âmbito de um Judiciário mal estruturado, fator que compromete a célere resposta jurisdicional no controle de políticas públicas:

Processos de maior complexidade tendem a ficar paralisados por tempo superior ao normal. Dessa forma, incumbir o Judiciário de controlar políticas públicas, se isso não for acompanhado de estrutura técnica capaz de auxiliar o órgão julgador a decidir, poderá redundar na previsão de mecanismos de controle meramente simbólicos, sem qualquer eficácia, aumentando o descrédito da população em relação ao sistema judiciário. [...]. Por fim, devem ser superados os obstáculos que vêm impedindo que o Judiciário assuma mais efetiva corresponsabilidade política na efetivação dos direitos fundamentais, podendo ser mencionados os seguintes fatores: a) o conservadorismo dos operadores jurídicos (incluindo-se os magistrados), decorrente especialmente da formação universitária dominada por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; b) o cinismo de uma cultura jurídica que não leva a sério os direitos constitucionais, transformando-os em meras declarações programáticas, mais ou menos utópicas; c) o desempenho rotinizado na aplicação da justiça retributiva, positivamente hostil à justiça distributiva e despreparado para ela; d) uma organização judiciária deficiente, precária e com enormes carências tanto em recursos humanos quanto em recursos técnicos e materiais; e) a ausência de previsão orçamentária adequada para promover a eficiência dos serviços judiciários; f) a falta de administração judiciária profissionalizada, capaz de gerir e planejar a complexa instituição judiciária; g) a ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos; h) a propagação de um direito processual formalista, não voltado à realização, célere, adequada e efetiva, da tutela dos direitos materiais.¹⁹¹

Como visto, algumas dessas debilidades funcionais tem sido enfrentadas de forma honesta e o aprimoramento da estrutura gerencial, administrativa e financeira interna dos tribunais de justiça, mediante implementação das orientações normativas do Conselho Nacional de Justiça, tem colaborado, sensivelmente, para a recuperação da credibilidade da atuação judicial e a compreensão da necessidade de controle das políticas públicas na proteção dos direitos fundamentais do cidadão, mesmo diante das dificuldades técnicas, mas sempre visando a garantia do mínimo existencial, cuja dimensão será analisada a seguir.

Conforme será analisado no próximo capítulo, a autorestrição judicial, como limitação do poder judicial, serve para garantir a estabilidade institucional, a autoridade e a

¹⁹¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011, p. 203-204.

força das decisões judiciais, evitando que se decida por decidir, ou quando não há necessidade ou interesse público, como na hipótese de uma política pública existente que vem cumprindo adequadamente sua função social. Em razão da alta indagação técnica que possa dificultar sobremaneira o debate processual, notadamente nas ações individuais, o juiz, em razão da prudência e da deferência, deve possibilitar a Administração, se possível, corrigir questões formais, ou até substanciais, exceto se estiver diante da violação ao mínimo existencial, não havendo, neste caso, discricionariedade administrativa ou dever de prudência judicial.

3.4 O mínimo existencial é vital?

Foi visto que em razão da reserva de consistência, a ação interventiva do Judiciário em políticas públicas deve ser realizada com prudência e responsabilidade, devendo o juiz observar o ordenamento jurídico e as regras do processo civil, legitimando a decisão através da motivação exauriente.

Há uma incompreensão generalizada dos operadores do direito quanto ao conceito e abrangência do mínimo existencial, comumente confundido como o mínimo vital, principalmente quando a ação interventiva do Judiciário se depara com a concretização de direitos fundamentais estabelecidos em políticas públicas.

É íntima a associação entre dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e direitos fundamentais, valendo ressaltar que o núcleo essencial de um direito fundamental pode corresponder, ou não, a garantia do mínimo existencial.

A dimensão conceitual do mínimo existencial é eminentemente histórica e cultural, já que não se pode falar de um conceito imutável, universal e hermético. É um conceito vinculado a ideia da necessidade do homem, verificável em cada momento da história.

A trajetória da teoria constitucional e dos direitos humanos fundamentais é o modo mais honesto para se dimensionar o desenvolvimento do conceito do mínimo existencial, inicialmente vinculado a ideia de subsistência física do homem, até a moderna compreensão do mínimo para a existência humana com dignidade.¹⁹²

¹⁹² Bolesina e Leal ressaltaram este cenário histórico, aduzindo que no período pré-liberal do século XV o direito ao mínimo para a existência do homem consistia em um postulado moral ou religioso, na forma de caridade. Com a introdução do elemento jurídico, advindo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, as Constituições liberais (Estado mínimo) miravam a oferta pelo Estado de condições mínimas ao homem para assegurar a liberdade e a propriedade. No século XX, com o Estado Social e a busca por justiça social e igualdade material, passa a se desenvolver a ideia de mínimo existencial a contar da dignidade da pessoa humana. O Estado interventor garante saúde, educação, afirmando a égide dos direitos

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹³, o mínimo existencial ultrapassa a esfera de proteção da sobrevivência fisiológica do indivíduo, ampliando seu campo de proteção para o desenvolvimento psíquico da pessoa humana e o livre desenvolvimento de sua personalidade com a natural inclusão do homem na vida social, elemento imprescindível para seu bem estar, ampliando o valor dignidade para além da acepção negativa - relativa a não intromissão na esfera íntima da pessoa – alcançando a acepção positiva consistente na dignidade social e participativa do indivíduo em uma comunidade bem ordenada.¹⁹⁴

Carlos Augusto Alcântara Machado, ao analisar a dignidade da pessoa humana como fundamento do constitucionalismo fraternal, compreende o alcance e a exigibilidade dos direitos fundamentais humanos no novo arranjo constitucional. Questiona o autor: “Como tratar o ser humano, na condição de titular de direitos humanos fundamentais, numa sociedade pluralista que tende para a fraternidade [...]? Há, ainda, espaços para individualismos sem limites?”¹⁹⁵

O autor consagra a dignidade da pessoa humana como elemento inato e valor absoluto do ser humano, realçando as lições de Kant do homem como um fim em si mesmo, sendo inadmissível a sua instrumentalização (um meio para se alcançar um fim). Ao trazer as lições de Béatrice Maurer, conclui o autor pela dignidade do homem como um valor perene, total e indestrutível, uma “qualidade intrínseca da pessoa humana.”, ressaltando a dignidade como elemento desvinculado de dogmas teocêntricos, divinos, ou antropocêntricos, secularizado e racional.

fundamentais sociais. No pós-guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 e o constitucionalismo democrático, o direito ao mínimo para a existência humana fica definitivamente vinculado a ideia de dignidade da pessoa humana, alçando os direitos individuais, sociais, culturais e econômicos, além dos direitos fundamentais difusos de terceira geração, conforme BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013.

¹⁹³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos para além de ligar a dignidade como valor do homem em si, iluminou o tema para inserir uma dimensão comunitária, ou social à dignidade humana, conforme art. 22: “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.” NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>. Acesso em: 09 mar. 2019

¹⁹⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 417.

¹⁹⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance** (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris. 2017, p. 153.

A dimensão do mínimo existencial no âmbito da dignidade é assim vislumbrada pelo autor:

A dignidade da pessoa humana cumprirá um papel de vital importância na delimitação do alcance dos direitos humanos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Em face de sua apresentação pelo legislador constituinte como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III – CF), todos os direitos humanos fundamentais, necessariamente, possuirão um conteúdo mínimo de dignidade, em razão da natureza especial por meio da qual foram concebidos. É o que passou a ser denominado de conteúdo mínimo da dignidade, identificado por segmentos variados da doutrina, com destaque especial: núcleo essencial; mínimo existencial; mínimo invulnerável ou mesmo coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa. Tal reserva incondicional gravada como essência ou âmago das Cartas Constitucionais terá caráter absoluto. Como elemento intrínseco ao ser humano, não poderá ser objeto de concessões, mitigações, ponderações ou relativizações.¹⁹⁶

Sob o influxo da nova postura interpretativa advinda com o constitucionalismo democrático fraternal e a supremacia dos direitos fundamentais, todo arcabouço jurídico recebe uma nova roupagem. A dignidade da pessoa humana, apresentada como fundamento da ordem jurídica constitucional, irradia efeitos para todo ordenamento, atingindo não apenas os clássicos direitos de defesa, mas também os direitos prestacionais que passam a ser exigidos do Estado como pretensões de direitos subjetivos.¹⁹⁷

A Constituição Federal de 1988 qualificou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/1988), edificando-a como elemento central que “confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.”¹⁹⁸

Neste panorama, o mínimo existencial se apresenta sob dois enfoques. De um lado, representa o conjunto de direitos reconhecidos e não reconhecidos expressamente pelo Estado, mas sempre reconhecidos em face da dignidade humana; por outro lado, compreende o “conteúdo determinável do princípio da dignidade da pessoa humana, o núcleo que vincula as

¹⁹⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris. 2017, p. 157.

¹⁹⁷ Registra ainda Ingo Sarlet que a dignidade da pessoa humana irradia efeitos para vários quadrantes da Constituição, a saber: a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, caput); a ordem social fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, §7º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput); na proteção das pessoas idosas (art. 230), dentre outras. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*, item 3.1.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, *E-book*, item 3.1.

ações e omissões do poder público”. Aquém do mínimo, o homem não vive com dignidade.¹⁹⁹

Corinna Treisch ressalta a dimensão do mínimo existencial:

O mínimo existencial é a parte de consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também a cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.²⁰⁰

Um ponto acarreta muita confusão aos operadores jurídicos, principalmente os juízes: o núcleo essencial de um direito fundamental pode corresponder, ou não, a garantia do mínimo existencial, uma vez que nem todas as necessidades humanas identificadas no núcleo dos direitos fundamentais guardam relação direta com a dignidade da pessoa humana, tudo a depender do contexto apresentado no caso concreto.

Considere-se, v.g., a necessidade humana inerente a educação.

O núcleo essencial do direito fundamental a educação corresponde à prestação deste serviço pelo Estado, o que se satisfaz com a construção de escolas e universidades. Entretanto, a exigibilidade do direito não se faz em qualquer caso, sem qualquer parâmetro. O mínimo existencial *in casu*, exigível *incontinenti*, estaria caracterizado, por exemplo, no impedimento de matrícula de alunos em creche ou em unidade pré-escolar.²⁰¹ Nesta hipótese de política pública essencial, ditada no texto da Magna Carta, se reconhece a presença da dignidade da pessoa humana, afastadas as objeções à sindicabilidade judicial.

No campo das políticas públicas, o mínimo existencial serve como parâmetro e limite para o gestor avaliar as prioridades sociais que justificam o gasto público, podendo igualmente servir para delimitar a atuação jurisdicional na garantia dos direitos sociais. Não olvidar que o

¹⁹⁹ Segundo Bolesina e Leal foi o tribunal constitucional alemão que, em 1975, fez a primeira menção expressa ao direito a uma existência digna com vista à dignidade da pessoa humana, ao julgar a (in)constitucionalidade de lei que previa que os filhos de aposentados, embora portadores de doença mental ou física, só recebessem pensão de órfão até os 25 anos de idade, ainda que, após esta idade, não fossem capazes de se manter. Segundo trechos do acórdão do tribunal federal alemão: “A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro[...]”, cf. BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 21.

²⁰⁰ Corinna Treisch *apud* BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 26.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1758187PR**. Paraná. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ, 19.12.2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801830581&dt_publicacao=17/12/2018. Acesso em: 08 mar. 2019.

conteúdo do direito ao mínimo existencial engloba os direitos de defesa (liberdades públicas) e os prestacionais.

Aliás, em razão da notória tensão entre o Judiciário e o administrador público, que se vê compelido a garantir prestações positivas vinculadas a diversos direitos sociais, a jurisprudência muitas vezes considera o mínimo existencial no aspecto meramente quantitativo, ligado ao mínimo vital ou mínimo de sobrevivência. Entretanto, o mínimo existencial não é o mínimo vital, embora possa englobá-lo.

A importância da distinção reside na constatação de que, sendo a proteção ao mínimo existencial vinculada à dignidade da pessoa humana, admite-se critério de ponderação pelo juiz. Esta afirmação, contudo, deve ser tomada com cautela. É que a ponderação possível *in casu* só ocorre na colisão envolvendo direitos fundamentais de igual hierarquia e importância, a exemplo da ponderação operada pelo órgão judicial que determine o remanejamento do orçamento público para atender determinado direito em detrimento do outro, em razão do maior ou menor grau de sua importância. Já o mínimo vital, a exemplo da proteção alimentar, não comporta ponderação, pois a vida não pode ser ponderada.

Segundo Bolesina e Leal:

Verifica-se que, quando se fala em mínimo existencial, não se tem, ao menos a priori, uma ameaça à vida em sentido estrito, mas sim uma lesão à dignidade humana. Num primeiro momento, atenta-se para o fato de que o mínimo existencial – diferente do mínimo vital – tem duplo conteúdo: um material e um imaterial. O primeiro está ligado ao plano das necessidades físicas, como moradia, alimentação, saúde; já o segundo relaciona-se com questões de inserção social, de cultura, de política, de acesso e participação cidadã, de paz, de lazer. Isso explica por que as balizas do mínimo existencial serão sempre variáveis de acordo com o espaço e o tempo em que a teoria é aplicada, tornando-a, assim, uma teoria que, na prática, é dinâmica. De outro lado, o passo seguido pelo mínimo vital será sempre rígido, já que as necessidades humanas abrangidas por ele não são negociáveis: ou são supridas ou restará grave prejuízo.²⁰²

Portanto, para evitar discursos retóricos admite-se a autonomia do direito ao mínimo existencial em relação aos direitos fundamentais positivados, ou não, na Constituição, uma vez que estes, conforme já afirmado, podem, ou não, guardar ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se torna possível em razão da textura aberta adotada pelo art. 5º, §2º da CF/1988²⁰³.

²⁰² BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 34.

²⁰³ Art. 5º. [...] §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, o dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ingo Sarlet admite a existência dos “direitos fundamentais implícitos em sentido amplo (na

Assim, a autonomia do direito ao mínimo existencial justifica a tutela jurisdicional sempre que se busque reparar lesão à dignidade da pessoa humana, esteja ou não vinculada a um direito fundamental material já proclamado na Constituição, até porque, o direito ao mínimo existencial pode servir como fundamento a novos direitos fundamentais implícitos, ainda não positivados pelo Estado.

A autonomia do mínimo existencial tem salutar importância no fenômeno de judicialização, uma vez que a atuação do juiz no controle de política pública ocorrerá em maior ou menor intensidade, conforme o grau da lesão à dignidade da pessoa humana, aferível no caso concreto em que se dê a omissão inconstitucional na implementação da medida, podendo inclusive deliberar quanto a aplicação de recursos públicos,

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna, tem afirmado, no âmbito de políticas públicas sociais, o direito ao mínimo existencial na defesa da dignidade do indivíduo, vencendo interesses econômicos ou secundários do Estado, demonstrando a Corte comprometimento com os fundamentos de uma justiça distributiva, estando a promover legítimas intervenções no processo deliberativo dos demais poderes:

É na área do direito social à saúde onde o avanço da dimensão prestacional do ativismo judicial se apresenta mais saliente e suscita as mais contundentes críticas. A ‘judicialização excessiva’ do direito à saúde – com decisões ordenando o fornecimento gratuito de medicamentos, alguns até importados, tratamentos médicos urgentes, muitos de alto custo e alguns até no exterior, inclusive seqüestro de verbas públicas para o custeio dessas necessidades – é rotina nos Fóruns e Tribunais. Sem dúvida, o Supremo, fundado principalmente na proteção ao mínimo existencial, teve participação importante neste estágio de coisas.²⁰⁴

Nessa quadra ativista, a doutrina constitucional vem construindo um consenso: a intervenção do Judiciário no controle de políticas públicas será sempre legítima quando o Estado-juiz se depara com a proteção do mínimo existencial, na síntese de Henrique Ribeiro Cardoso:

Buscando ofertar ao aplicador do direito uma base em um terreno tão pantanoso, pode-se assegurar, com lastro na jurisprudência já assentada pelos Tribunais Superiores, que a atuação do Poder Judiciário, quando provocada pelo cidadão ou mesmo por entes privados (associações legitimadas) ou públicas (Defensoria Pública e Ministério Público, especialmente), será legítima quando a política pública, que se

condição de direitos não expressamente positivados) a legitimar e até mesmo vincular positivamente a atuação dos órgãos jurisdicionais nesta seara, que, nesta perspectiva, não poderiam deixar de reconhecer um direito implícito ao mínimo quando tal reconhecimento corresponder, em face das circunstâncias, às exigências do sistema constitucional.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 91.

²⁰⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*, item 5.2.

queira ver implantada com o mandamento do Poder Judiciário, puder ser compreendida como relativa ao mínimo existencial, assegurada de um status de dignidade ao ser humano. Na atualidade, pode-se afirmar que políticas públicas que versem acerca dos direitos sociais fundamentais à moradia, à saúde, à educação e à segurança pública merecem contar com elevado grau de proteção judicial. Quando algo vai mal- total omissão ou mau funcionamento da prestação estatal por parte do Executivo -, a porta a bater que resta é a do Poder Judiciário ou o Ministério Público, órgãos legitimados ordinária ou extraordinariamente (substitutos processuais).²⁰⁵

Neste campo da exigibilidade do mínimo existencial, a proposta oferecida por Ana Paula de Barcellos²⁰⁶, embora mais restritiva, merece destaque em razão da sistematização do tema.

Segundo a autora, o mínimo existencial corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, princípio fundante da ordem jurídica. Logo, o conteúdo do mínimo existencial que possibilita a exigência da prestação equivalente, estaria contido “naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica”. Vale dizer, a eficácia jurídica positiva do direito ao mínimo existencial estaria contida na Constituição Federal, não se podendo conceber esse princípio ilimitado ou irrestrito.

Na proposta de sistematização e concretização do mínimo existencial, a autora identifica quatro elementos nucleares do mínimo existencial, cuja prestação pode ser reclamada ao Judiciário:

Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível do Poder Judiciário.²⁰⁷

Em que pese a sistematização do tema, a jurista não poderia estreitar o campo de abrangência do mínimo existencial a apenas 04 elementos normativos (educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça), afinal o direito ao mínimo existencial é vinculado à dignidade da pessoa humana, não cabendo uma tarifação neste ponto. A violação ao mínimo existencial que justifique a intervenção do Judiciário se dá em campo vastíssimo,

²⁰⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 26.

²⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

²⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 302.

merecendo elasticidade na compreensão da norma constitucional, não sendo possível a adoção do princípio *numerus clausus*. É que a verificação do mínimo existencial se faz no caso concreto posto a julgamento, diante das circunstâncias que indicam a necessidade humana e a respectiva lesão à dignidade do homem.

Não olvidar que o Estado Democrático de Direito tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e os seus objetivos são imensamente abrangentes, indo do bem-estar do povo ao desenvolvimento da nação. A atuação do Estado não pode se restringir a estes quatro direitos fundamentais elencados por Ana Paula Barcellos, limitando o campo de atuação das políticas públicas essenciais e reduzindo a legitimidade democrática do Judiciário no controle jurisdicional dos atos do poder público.

Tome-se o exemplo de implementação de determinada política pública voltada à habitação para garantia do direito fundamental à moradia (art. 6º, caput, CF/1988), em que o cidadão pleiteia a correção da medida para concessão de condições mínimas de habitabilidade.

Compete ao Judiciário a correção da política pública habitacional para possibilitar a sua adequação e suficiência. Não se tratando do exercício abusivo do direito fundamental - caso o postulante, v.g, tivesse pleiteado uma casa para morar - mas de cumprimento de posturas municipais e exigências sanitárias, a exemplo de saneamento básico, acesso a rede de esgotos e outras utilidades que possibilitem o desenvolvimento humano com dignidade, a sindicabilidade judicial torna-se ampla e abrangente.

Conquanto este trabalho não adira à tese limitativa da autora, constata-se que esta compreende as dificuldades do controle jurisdicional de políticas públicas nas demandas individuais, uma vez que a tutela judicial individual não se caracteriza pela universalidade democrática. O mérito da elaboração da teoria do mínimo existencial pela autora diz com a função neutralizante da dificuldade do controle judicial individual, uma vez que a teoria define, de forma objetiva que “o argumento da reserva do possível não pode ser suscitado contra a exigibilidade do mínimo existencial pois seu conteúdo descreve o conjunto de prioridades constitucionalmente definidas para a ação estatal.”²⁰⁸

Portanto, este trabalho abraça a tese do modelo forte de controle jurisdicional na garantia do direito ao mínimo existencial, identificado, ou não, com algum direito fundamental, superando as objeções levantadas pelo Estado, como a reserva do possível, o argumento consequencialista introduzindo na Lei de Introdução às Normas do Direito

²⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 357.

Brasileiro e os riscos dos efeitos sistêmicos indesejados decorrentes da decisão judicial.

No próximo capítulo será contextualizado o ativismo judicial perante o Supremo Tribunal Federal, o dilema orçamentário na sindicabilidade do mínimo existencial, bem como o *modus* de proceder ao aprimoramento do controle judicial de políticas públicas na garantia do mínimo existencial.

4 ATIVISMO JUDICIAL. A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA E O APRIMORAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O mesmo fundamento ético e jurídico que justifica a superação do argumento pragmático consequencialista estabelecido na Lei nº 13.655/2018, no que toca ao direito ao mínimo existencial, serve para justificar a superação da teoria da reserva do possível.

A dimensão prestacional, ou positiva, dos direitos fundamentais sociais, em especial, constitui um dos principais óbices levantados contra a sindicabilidade das políticas públicas, em razão da necessidade de disponibilidade e alocação de recursos públicos na concretização de direitos fundamentais, até porque a Administração move-se sob o crivo da eficiência e moralidade administrativa.

Como a formulação de políticas públicas encerra uma questão de legalidade, em razão dos preceitos de ordem orçamentária, a alocação de recursos é um imperativo categórico da Administração, mas sujeita a controle judicial.

4.1 O dilema orçamentário no ativismo prestacional

Sabe-se que todos os direitos custam²⁰⁹, inclusive os clássicos direito de defesa (segurança pública, justiça, etc.), que em tese só necessitam de condutas passivas ou negativas da Administração para se efetivarem, mas cujo implemento é deveras oneroso, a exemplo da manutenção do sistema de segurança pública e do sistema de justiça. Já os direitos prestacionais de bem-estar social, por envolverem uma ampla rede estatal de atendimento visando a sua concretização, tem um custo direto bem mais elevado.

A reserva do possível não é um conceito vinculado, exclusivamente, ao custo financeiro do direito – conquanto este seja essa sua maior vertente - possuindo uma dimensão mais abrangente, incluindo, além do recurso público, o recurso humano, o aparato

²⁰⁹ Flávia Piovesan assevera: “[...] tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais, econômicos e culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o curso do aparato de segurança, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo”. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180-181.

tecnológico, as questões financeiras, os fatores jurídicos e políticos, etc.²¹⁰

De qualquer sorte, a escassez absoluta de recursos, que depende de prova objetiva, verifica-se quando o ente estatal está desprovido de qualquer reserva financeira. Na ciência tributária tem-se que a escassez absoluta é improvável, em razão da completude do Sistema Tributário Nacional que estabeleceu rigorosas competências tributárias e regras de repartições de receitas (Título V da Constituição Federal). Embora improvável, a escassez absoluta levaria a decisão judicial à absoluta inocuidade, fato que tem preocupado os aplicadores do direito na busca por alternativas jurídicas que assegurem a efetividade da decisão.

Diante do quadro de notória escassez de recursos públicos e do reconhecimento do custo dos direitos, desponta-se um quadro de responsabilidade e razoabilidade tanto para o administrador público, que destina, originariamente, recursos para políticas públicas, quanto para o juiz que tem o poder-dever de entregar a devida prestação, inclusive remanejando recursos, ou até mesmo substituindo a obrigação de fazer do Estado por pecúnia, independentemente de precatório. Aliás, esta última alternativa tem sido adotada pelo Judiciário como exceção, em especial diante de políticas públicas essenciais constitucionais que tocam ao mínimo existencial, quando o juiz se serve dos instrumentos processuais modernos, como o *periculum in mora*, tutela de urgência, tutela de evidência, etc.

A excepcionalidade deste agir judicial encontra justificativa quando nos deparamos com o verbo “utilizar” contido na redação do art. 70, parágrafo único da CF/1988. A entrega de recurso público a particular é possível, mas encontra o correspondente dever de prestação de contas, sob pena do particular responder administrativa ou judicialmente por eventual desvio.

Na esfera judicial são plenamente justiciáveis os direitos sociais, tanto em sua dimensão negativa (defensiva), quanto na dimensão positiva (prestacional), no sentido de exigir do Estado as prestações vinculadas ao mínimo existencial, essenciais à dignidade da pessoa humana. Sendo o mínimo existencial um direito fundamental autônomo, o custo para sua concretização é o mesmo dos demais direitos fundamentais, com o *plus* da urgência e da necessidade em razão do interesse protegido.

²¹⁰ Bolesina e Leal asseveram que a teoria da reserva do possível, originária do direito alemão, era vinculada à razoabilidade da postulação apresentada em juízo. No Brasil, a teoria desvirtuou-se, passando a abordar questões financeiras e de disponibilidade de recursos econômicos, conforme BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 88.

O conteúdo do mínimo existencial está definido pela Constituição que optou por priorizar os aspectos sociais, econômicas e culturais da nação (art. 3º, CF/1988). Nesse sentido, cabe perscrutar as finalidades contempladas na lei orçamentária, ou seja, se há vinculação entre a prioridade constitucional e a despesa eleita pelo Administrador.

Por força desta vinculação normativo-constitucional, o Estado, obrigatoriamente, deve voltar suas ações para uma visão prioritária aos direitos sociais, concebidos para promoção do bem-estar do povo e da justiça social. No fortalecimento da cidadania, o Estado vem implementando orçamentos participativos, sempre com o escopo de identificar políticas públicas mais sensíveis à população, notadamente para o atendimento ao mínimo existencial.

Educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, vestuário, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, meio ambiente, assistência aos desamparados, além de outros predicativos constitucionais, deverão constar, obrigatoriamente, nos planos e metas de ações governamentais, cabendo ao Estado proceder, concretamente, aos ajustes orçamentários necessários para o cumprimento deste amplo dever constitucional, o que se faz, prioritariamente, através de políticas públicas.

Na seara do atual constitucionalismo fraternal, após realizar detida pesquisa nos julgados nas cortes superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, Carlos Augusto Alcântara Machado identificou o acolhimento do princípio constitucional da fraternidade como fundamento jurídico autônomo nas decisões daquela corte especial, contemplando o conteúdo normativo do Preâmbulo da Magna Carta.²¹¹

O princípio jurídico da fraternidade, como fonte normativa que orienta a atividade legislativa e a prática hermenêutica judicial, serve, com a mesma densidade normativa dos demais princípios e regras constitucionais, como fator estruturante para a decisão judicial no controle de políticas públicas. A política pública que não contemplar, ou embaraçar o direito ao mínimo existencial ofende, diretamente, a dignidade da pessoa humana, impedindo a realização da fraternidade (“sociedade fraterna ou solidariedade”).

Nesse sentido, a sindicabilidade judicial, com base no elemento jurídico da fraternidade, se apresenta em grau forte, uma vez que a Constituição Federal instituiu o dever indeclinável do cumprimento das metas enumeradas no Preâmbulo²¹², *locus* da fraternidade.

²¹¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: Fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris. 2017, p. 178.

²¹² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade

Assim, segundo Carlos Augusto Alcântara Machado:

A fraternidade, destacada na Lei Maior – mesmo que no preâmbulo, como será demonstrado a seguir-, passou a integrar o Direito. E por ser a Constituição o documento normativo de maior dignidade normativa, constituiu-se em fundamento de validade de toda a nova ordem jurídica nacional. Partindo de tal pressuposto lógico-formal comportamentos frontalmente contrários ou em linha de colisão com o direcionamento plasmado na Carta Magna contribuem para o afastamento ou a mudança de rumo na busca da reclamada sociedade fraterna e caminham na contramão de uma sociedade solidária. E nessa senda, posturas que colidem com a proposta revelar-se-ão inconstitucionais, merecendo, de pronto, a veemente reprovação jurídica. Mas há uma chave a ser utilizada e um caminho a ser seguido para evitar o desvio de rota. Não sem razão o legislador constituinte consagrou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito – o mais importante de todos – a dignidade da pessoa humana. Dignidade que transcende, inclusive, os limites da irradiação jurídica da soberania estatal. Será exatamente por meio da garantia incondicional da dignidade da pessoa humana que a fraternidade será alcançada.²¹³

Para consagrar a prioridade constitucional dos direitos fundamentais e do direito ao mínimo existencial, estabelecidos *a priori* pelo constituinte, o legislador infraconstitucional deve conformar as regras políticas e jurídicas, inclusive orçamentárias, a este anseio constitucional.²¹⁴ Nesse mesmo sentido, a doutrina de Ana Paula Barcellos:

Isto é: prioritariamente a qualquer outra atividade, cabe ao Estado empregar recursos para o atendimento daquilo que se entenda, em determinado momento histórico de uma sociedade, o mínimo existencial. Assim, se algum indivíduo demonstra encontrar-se desprovido dos bens ou serviços inerentes a esse mínimo, é porque o Estado, em momento anterior, terá agido de forma inconstitucional, destinando recursos a outros fins sem haver atendido, antes, a prioridade constitucional. Nesse contexto, ao empregar o conceito do mínimo existencial o juiz está dispensado de examinar o argumento da reserva do possível, uma vez que essa questão já terá sido avaliada quando da construção do próprio conceito.²¹⁵

fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

²¹³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: Fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris. 2017, p. 136.

²¹⁴ No Resp. nº 575.998/MG, relativo a obrigação de coleta diária de lixo sob o ponto de vista do direito fundamental à saúde, o relator assentou que “quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulta obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Afastada assim a ingerência entre os poderes, o judiciário atacado de malferimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.” Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 575.998/MG**. Relator: Luiz Fux. DJ 16.11.2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301350748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da

Nesse sentido, presumindo que o legislador reservou recursos para o atendimento das prioridades constitucionais, o Judiciário vem exercendo o mais amplo controle da política pública: concede liminares para fornecimento de medicamentos²¹⁶ e realização de procedimentos cirúrgicos²¹⁷; determina o acesso a vagas em escolas e creches; remove moradores residentes em áreas consideradas de risco social; garante a inclusão de pessoas vulneráveis nos mais diversos programas sociais de governo; promove redução e reajuste de preços e tarifas públicas, como no transporte público; reserva e aloca recursos públicos no orçamento das entidades estatais para cumprimento de tutela, dentre outras medidas.²¹⁸

Como efetivar direitos envolve aplicação de dinheiro, não se pode desprezar o argumento de que os recursos públicos, arrecadados compulsoriamente dos contribuintes, são

pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 357.

²¹⁶ No julgamento pelo STJ do REsp nº 771.537, restou assentado no Acórdão: “1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 771.537/RJ**. Rio de Janeiro. Relatora: Min. Eliana Calmon. DJ 03.10.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501283114&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²¹⁷ No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do ARE nº 727864, o relator Ministro Celso de Mello reconheceu a omissão inconstitucional imputável ao Estado. Tratava-se de custeio pelo ente estatal de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU, nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública. Reconheceu, expressamente, a inaplicabilidade da invocação da cláusula da reserva do possível sempre que a omissão estatal puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, autorizando a Corte constitucional um comportamento afirmativo por parte dos juízes e tribunais na positiva criação jurisprudencial do direito.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 727864/PR**. Relator: Min. Celso de Melo. DJ 03.10.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501283114&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²¹⁸ Questão interessante do ponto de vista orçamentário são os próprios custos do sistema de justiça, envolvendo Fórum, Ministério Público, Delegacias de Polícia, etc. De certo que a judicialização não constitui fator positivo para os combalidos cofres públicos, uma vez que exigir ingente atuação do Judiciário faz aumentar a sua já pesada estrutura, consumindo, de forma ascendente, verbas para manutenção de prédios, gabinetes e salários de funcionários públicos, como os juízes, promotores, defensores públicos, procuradores, servidores públicos, ocorrendo uma inversão de valores, pois tais verbas poderiam ser remanejadas para políticas públicas visando a prestação de serviços à comunidade. Tome-se como exemplo a Lei orçamentária n. 12.952/14 que estimou aproximadamente R\$ 36.500.000.000,00 (trinta e seis bilhões e quinhentos milhões de reais) para o Judiciário federal, reservando para o legislativo a rubrica de, aproximadamente, R\$ 8.700.000.000,00 (oito bilhões e setecentos milhões de reais), aproximadamente 20% da parcela destinada ao judiciário. São recursos gigantescos que poderiam ser melhor racionalizados. BRASIL. **Lei nº 12.952, de 20 de janeiro 2014**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2014. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 21.1.2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112952.htm. Acesso em: 10. mar. 2019.

finitos ou foram exauridos. Nesse sentido, as escolhas administrativas na alocação de recursos públicos podem ser revistas pelo Judiciário, mediante juízo de ponderação e proporcionalidade entre a natureza da despesa rubricada no orçamento e os direitos fundamentais que aguardam implementação.

Configuram-se “escolhas trágicas” do Administrador, quando, diante da necessidade de implementação de distintas políticas públicas concernentes à implementação de direitos fundamentais sociais, o gestor prioriza uma prestação em detrimento de outra. Sindicar escolhas trágicas não é tarefa fácil – torna-se igualmente trágica para o juiz - e o juízo de ponderação se reveste da mais alta responsabilidade e sensibilidade social, cabendo ao julgador adotar as regras de hermenêutica constitucional na graduação do peso, ou da importância social do direito adjudicado, tornando dramática esta delicada operação que afasta alguma prestação estatal de relevância social, favorecendo outra.

Agora, constatada a existência de recursos disponíveis, alocação orçamentária desproporcional, ou sem justificativa constitucional, cabe ao Judiciário controlar as opções legislativas ou executivas, realocando recursos para atendimento de direitos fundamentais não contemplados pelo gestor. Veja-se o exemplo de recurso destinado a propaganda institucional: seu remanejamento poderá servir a alguma relevante política pública.

Frize-se, mais uma vez, a impossibilidade de objetar a reserva do possível diante do mínimo existencial. Nesta quadra, Cláudia Maria da Costa Gonçalves, dimensionando a justiça distributiva, assevera:

[...] limitações de recursos não podem justificar que o Estado deixe de prestar serviços básicos de saúde aos que não podem pagar, ou que deixe ao relento, expostas à desnutrição, pessoas que perambulam pela rua; que não garanta acesso à justiça, à previdência social, ao ensino fundamental; que não fomenta programas de assistência à maternidade, à infância, aos adolescentes, aos idosos e às pessoas portadoras de deficiências [...] Em suma, somente acima do paradigma das necessidades básicas cabe ao Legislativo, Executivo e à sociedade civil definirem a reserva do possível.²¹⁹

Assim, os direitos fundamentais que não se relacionem diretamente ao mínimo existencial, poderiam, em tese, ser objetados pela cláusula da reserva do possível, mas a análise deste argumento fica na dependência da conjuntura fática do caso concreto e da demonstração cabal do argumento pelo ente suscitante.

Pela importância do tema, não se pode deixar de assentar as premissas da denominada teoria da reserva do possível, no tema atinente ao controle judicial de políticas

²¹⁹ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2007, p. 199.

públicas, conforme amplamente definido pelo Supremo Tribunal Federal no já mencionado julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, assim pontuando o relator:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.²²⁰

O acórdão estabeleceu as seguintes premissas essenciais ao desenvolvimento do tema relativo ao controle judicial de políticas públicas: razoabilidade da pretensão individual/social e existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas.

²²⁰ Na ADPF n. 45 restou assentado que as decisões judiciais no campo das políticas públicas devem se pautar: (i) no mínimo existencial indispensável à vida digna de cada pessoa; (ii) na razoabilidade da pretensão exercida em face do Poder Público; e (iii) na existência de disponibilidade econômico-financeira do Estado para cumprir o provimento almejado, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45**. Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. DJU, 04.05.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 10 mar. 2019. O voto do relator foi transcrito do Informativo n. 345 em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 345**. Decisão publicada no DJU de 4.5.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

As balizas apontadas no acórdão do Supremo Tribunal Federal foram igualmente destacadas na doutrina de Ricardo Castilho: a) os conflitos envolvendo os direitos sociais dizem respeito a justiça distributiva - a prestação para um importa em prejuízo para outro; b) toda sorte de limitações orçamentárias; c) estrutura judiciária individualista e não comunitarista - a realização da justiça distributiva corresponde a resolução da lide individual; d) a reorganização do poder e redistribuição de bens materiais com vistas a igualdade material pode implicar em ofensa a direitos individuais já reconhecidos; e) a implementação de direitos sociais depende de infraestrutura, ou seja, mais custos em um Brasil desparelhado em políticas públicas.²²¹

Sabe-se que a postulação para correção de políticas públicas se faz na esfera individual, coletiva ou abstrata. As ações coletivas correspondem ao melhor mecanismo de discussão e controle, pois admite ampla produção probatória, inclusive pericial. A visão da macrojustiça possibilita ao juiz entender e dimensionar a conjuntura da política discutida e os efeitos práticos da decisão, possibilitando um julgamento adequado com a realidade fática.

Isto não importa menosprezo à postulação individual – expressão da garantia fundamental de acesso a justiça – cujo exercício tem, efetivamente, garantido ao cidadão a sua dignidade, inclusive superando o argumento estatal da falta de recursos.²²²

De qualquer sorte, em qualquer modalidade de pretensão que importe na efetivação de direitos prestacionais, surgirá a questão da reserva do possível como um limitador fático e jurídico. Ingo Sarlet aponta estas dimensões da reserva do possível:

²²¹ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 223-226.

²²² O cidadão não pode aguardar a iniciativa dos órgãos públicos, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública na defesa de seus direitos, sob pena de perecimento do seu direito e irreparável prejuízo. A demanda individual pode perfeitamente ser atendida pelos cofres públicos. Na suspensão de liminar SLS 957, o STJ manteve liminar que determinava ao Município custear cirurgia de redução de estômago para moradora da cidade, portadora de obesidade mórbida. A ordem continha uma obrigação de fazer, ou seja, a realização do ato cirúrgico, ou o depósito do valor de R\$ 13.600,00. Na espécie o ente estatal não demonstrou que a ordem de pagamento trouxesse prejuízo à ordem pública ou acarretasse o esgotamento orçamentário do Município. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SLS nº 957RS**. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. DJU, 13.10.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802133737&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 mar. 2019. No mesmo sentido, Henrique Ribeiro Cardoso traz o interessante exemplo da situação da criança Sofia Gonçalves de Lacerda, então com seis meses de idade, diagnosticada com a Síndrome de Berdon, tendo o Tribunal Regional Federal da 3ª região determinado o pagamento de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) para intervenções cirúrgicas realizadas nos EUA, demanda esta que está longe de corresponder a um acesso universal e igualitário às ações de saúde conforme preconizado na Constituição, decisão que necessita ser analisada diante do mínimo existencial, mas também do planejamento orçamentário e de planejamento pela União na área de saúde, uma vez que causa prejuízo a terceiros que estão na fila do SUS há anos no aguardo de tratamentos e intervenções cirúrgicas, acarretando espécie de injustiça distributiva. (CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 55-56).

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.²²³

Assim, a dimensão fática da reserva do possível diz com a impossibilidade de se cumprir uma prestação positiva do Estado, quando não há, comprovadamente, recurso em caixa. Já a dimensão jurídica diz com a legalidade orçamentária e representa a previsão vinculativa de recurso público a uma política pública previamente delineada.

Vale registrar que a dimensão jurídica da reserva do possível, por guardar conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, não serve como óbice argumentativo ao atendimento ao mínimo existencial. Neste caso, a Constituição Federal estabelece a distribuição de recursos, presumindo-se a dotação prévia para cumprir os objetivos republicanos e garantir o mínimo existencial. Já a dimensão fática da reserva do possível diz com a disponibilidade, ou não, de recursos públicos.

Seja qual for o enfoque adotado pelo ente estatal em sua defesa, recaíra sobre o mesmo o *onus probandi* quanto a exaustão orçamentária que alega, sob pena de implicar uma perigosa liberação do Estado na priorização de outros programas estatais que não estejam afetados à dignidade da pessoa humana.

O dever constitucional do Estado consiste na arrecadação de tributos para reversão em prol da população de bens e serviços. A omissão ou o desvio do Poder público na efetivação de direitos fundamentais, através de lédimas políticas sociais, ofende o princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, caput, CF/1988), uma vez que os recursos públicos são escassos e as necessidades humanas ilimitadas, cabendo ao administrador agir da forma mais eficiente possível, gastando menos.

Assevera Eduardo Cambi que o desperdício de recursos públicos, diante da notória escassez, não condiz com a lógica da eficiência e acaba promovendo injustiça social, podendo conduzir à desarticulação de todo o planejamento administrativo que visa o desenvolvimento humano e comunitário. O desperdício priva o cidadão de usufruir o benefício social que

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 298.

adviria da correta aplicação do recurso destacado a uma finalidade pública específica.²²⁴

Esse cenário também é defendido por Bolesina e Leal ao trabalhar a lógica do “máximo do mínimo”. Assim é que o mínimo existencial não deve se cingir apenas ao essencial, mas a prestação suficiente e necessária à reparação da lesão à dignidade humana:

Apesar disso, o mínimo existencial consome recursos para ser protegido e concretizado, recursos que não podem ser objeto de desperdício (dá-los quando não necessário, dá-los para além do limite máximo e dá-los para quem não os necessita). No campo de atuação precípua dos Poderes Executivo e Legislativo, é preciso lembrar que os recursos deverão ser canalizados primordialmente para a execução do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário reparar eventuais distorções ou ausências de atendimento desse mínimo. Insere-se, assim, no espaço de atuação do Judiciário, a relevância da noção de efeito sistêmico das decisões, a fim de que, com o auxílio de variáveis diversas, muitas alienígenas ao direito (tais como a própria economia e sociologia), se evitem decisões e comportamentos temerários que levem ao desperdício de recursos e/ou ao seu emprego em razões não afetas ao mínimo existencial.²²⁵

Segundo Henrique Ribeiro Cardoso²²⁶, na perspectiva da disponibilidade fática dos recursos públicos, a questão se exaspera quando o estado se depara com uma ordem judicial autorizando o uso do dinheiro público para atendimento a uma situação concreta verificável no processo judicial.

A solução apontada pelo autor passa pela análise da questão do *periculum in mora* como pressuposto material que justifica uma ação invasiva deste porte. Se se pretende a satisfação de um direito identificado com o mínimo existencial, como uma intervenção cirúrgica urgente, a medida deve ser deferida pelo magistrado, independentemente da programação da Administração Pública. Caso contrário, o juiz tem outras opções, como determinar a inclusão da verba no orçamento seguinte, atuando com cautela em prol do planejamento administrativo.

Este *iter* a ser observado pelo juiz constitucional constitui, sem dúvida, solução alvissareira e promissora para o cidadão que pretende ver o cumprimento das normas e princípios constitucionais pelo Administrador público, cuja gestão deve se pautar pela moralidade e eficiência na busca pelo bem-estar e justiça social.

Nesse sentido, assevera o citado autor que “frente a direitos fundamentais sociais postos como políticas públicas, atrelados ao mínimo existencial em proteção à dignidade da

²²⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 424.

²²⁵ BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 88.

²²⁶ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil**: Um ponto cego do direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 44.

pessoa humana, assegurados pela Constituição, não há discricionariedade da Administração Pública [...].”²²⁷

Na verdade, diante do princípio da universalização das políticas públicas, em atendimento ao princípio da igualdade, a política pública deveria servir para favorecer a todos de forma isonômica. Entretanto, vincular prestações estatais a uma exigência de universalidade, ilimitadamente, acaba por limitar a plenitude do próprio Estado Democrático de Direito, cujo fundamento repousa na dignidade da pessoa humana e na legitimidade democrática do Poder Judiciário que deve agir, ainda que no âmbito de uma ação individual.

Identificada a lesão à dignidade da pessoa humana, impõe-se a total proteção do Estado e do Estado-juiz.

O novel entendimento do Supremo Tribunal Federal na questão de fornecimento de medicamento de alto custo a cargo do Estado, vem procurando superar perplexidades decorrentes de demandas individuais e racionalizar o entendimento para a matéria.

Assim, como já afirmado alhures (item 3.1), no RE nº 566471/RN²²⁸, ainda pendente de conclusão, conquanto superada a questão da reserva do possível e a ulterior incorporação do medicamento de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a corte adotou rigorosos critérios para concessão da tutela judicial, em especial o critério da necessidade, em que o postulante precisa comprovar sua incapacidade financeira na aquisição do medicamento. Como afirmado, tais limitações são inconcebíveis diante do Estado Democrático de Direito, na hipótese do administrador ou o juiz se deparar com a preservação do mínimo existencial.

Registre-se, por oportuno, a despeito das exigências lançadas na decisão, que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, o STF manteve o acórdão recorrido que deferia a dispensa do medicamento não incorporado ao SUS em virtude da efetiva necessidade de manutenção da vida da demandante, da inexistência de fármaco substituto na rede pública e do fato da postulante não ostentar condições de adquiri-lo.

Não olvidar que na garantia do direito fundamental, mesmo no âmago da seara orçamentária, o controle jurisdicional tem sido admitido de forma ampla e abrangente.

Nesta questão, constata-se que o sistema traçado pela Constituição Federal de 1988, preconizado em seu art. 165, é um complexo de normas estruturado em três níveis: o plano

²²⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil:** Um ponto cego do direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 44-45.

²²⁸ Conforme Informativo do STF n. 841.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 841**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566471%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/jenpgf>. Acesso em: 10 mar. 2019).

plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA), cada qual detalhando receitas e despesas, competindo ao PPA orientar e controlar a ação governamental na avaliação de resultados e definição das metas a serem alcançadas pelo gestor público²²⁹, metas identificadas com os relevantes objetivos republicanos preconizados na Constituição Federal (art. 3º).

Segundo Eduardo Cambi²³⁰, o Judiciário pode intervir, excepcionalmente, para contingenciar, remanejar ou seqüestrar²³¹ orçamentos e gastos públicos em 02 principais situações: a) diante da omissão estatal em não realizar a respectiva dotação de acordo com os preceitos constitucionais vigentes, v.g.: vinculação de despesas e receitas (art. 167, IV); despesas como educação (art. 212); despesas com saúde (art. 198, §§2º e 3º); educação básica (art. 212, §5º); seguridade social (art. 195); assistência materno-infantil (art. 227, I) e b) quando o Administrador aplica verba pública em área não essencial, como publicidade governamental e eventos festivos, frustrando a expectativa de asseguramento de direitos fundamentais que preserva a dignidade da pessoa humana.²³²

Observe-se, no caso de ocorrência da primeira hipótese, em que o legislador, por desídia ou desvio, incorre em mora ao não vincular a receita à despesa determinada constitucionalmente, esta omissão pode obstar a aplicação de direitos fundamentais eventualmente em jogo, o que não se admite diante do art. 5º 1º da CF/1988, que estabelece a aplicação imediata das normas que definem direitos e garantias fundamentais.

Diante do exposto, constata-se que a postura no controle jurisdicional de políticas públicas constitucionais consiste em identificar, no caso concreto, ofensa ao mínimo existencial, superando-se o argumento da reserva do possível, como superado tem sido o argumento consequencialista previsto na Lei 13.655/2018. Pode-se estabelecer, ainda, a ideia de aplicabilidade imediata do direito ao mínimo existencial, cuja fundamentalidade é defendida neste trabalho. Uma vez que a verba prestacional destacada para o atendimento de

²²⁹ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

²³⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 429.

²³¹ O Supremo Tribunal Federal deferiu o seqüestro de recurso público do estado da Paraíba para quitação de precatório resultante de ação de cobrança movida pela autora. O seqüestro foi deferido, não em razão de preterição ao direito de preferência, mas excepcionalmente em razão da doença grave e incurável da autora, vale dizer, para assegurar seu direito a vida.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RCL nº 3034/PB**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJ 21/09/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2262353>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²³² As políticas públicas essenciais constitucionais serão tratadas no item 4.3.

garantias fundamentais (saúde, alimentação, educação, etc), através de políticas públicas, não for aplicada, o direito pode ser exigido judicialmente, na condição de direito subjetivo.

Neste cenário, a prestação jurisdicional, além de motivada, ponderada e justa, deve atentar para a urgência da medida e a critérios de eficiência, analisando a sinceridade da postulação, a proporcionalidade e razoabilidade, realizando inevitáveis juízos de ponderação, em caso de colisão entre princípios constitucionais.

Mister a análise da posição do tema perante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra na interpretação do direito.

4.2 O conteúdo do mínimo existencial no Supremo Tribunal Federal

Não é fácil delimitar a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle judicial de políticas públicas e concretização de prestações positivas na garantia do mínimo existencial.

Rotineiramente a corte enfrenta as objeções a este tema, tais como o argumento pragmático consequencialista, a insegurança jurídica, a separação dos poderes, a deliberação majoritária, a ilegitimidade política dos juízes, a politização da justiça, o ativismo judicial, a contingência econômica, o mau aparelhamento do Judiciário, os deletérios efeitos sistêmicos das decisões judiciais, dentre outras.

No cenário expansivo de afirmação da jurisdição constitucional e de judicialização da política, o Supremo Tribunal Federal, vencendo uma postura inicial de passividade e autorrestrição²³³, assume uma posição ativista no enfrentamento de relevantes questões da sociedade. São temas sensíveis que tocam a trajetória dos direitos fundamentais, a defesa da democracia, a contenção do Poder e a garantia do mínimo existencial para afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio condutor da atividade estatal e fundante de toda ordem jurídica.²³⁴

²³³ Não se pode conceber um ativismo exacerbado, ilimitado, sob pena de dismantlar todo o sistema político consignado na Constituição. Assim, no julgamento do MS 32.033/DF, o Supremo Tribunal Federal adotou a autorrestrição, não admitindo controle preventivo de projeto de lei por intermédio do mandado de segurança, pois a prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento” iria subtrair “dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 32.033/DF**. Relator Min. Gilmar Mendes. DJ, 18.02.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397298>. Acesso em: 05 mar. 2019.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. *E-book*, Cap. 5, p. 23.

Assim, o Supremo Tribunal Federal ora define o conteúdo essencial dos direitos fundamentais²³⁵, ora se debruça sobre temas concernentes ao “mínimo existencial”,²³⁶ ao racismo²³⁷, ao aborto²³⁸, a união estável de pessoas do mesmo sexo²³⁹, a autorização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas²⁴⁰, a legitimidade das cotas raciais no ensino estatal²⁴¹; a possibilidade da mudança de nome das pessoas transgênero²⁴²; a restrição da garantia da presunção de inocência²⁴³, criminalização da homofobia²⁴⁴, dentre outros.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Rio Grande do Sul. Relator Min. Moreira Alves. DJ, 19.03.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 05 mar. 2019. Ao lançar o voto, o eminente Ministro Celso de Mello consignou: “Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, hic et nunc, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina”.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45**. Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. DJU, 04.05.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 05 mar. 2019. Quanto ao tema em questão restou assentado na Ementa do julgado, *verbis*: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).”

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves. DJ, 19.03.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 05 mar. 2019.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54**. Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio, DJe, 23.04.2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 05 mar. 2019.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.999 e ADI nº 4.086** (apenso principal). Distrito Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJe 17/4/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584922>. Acesso em: 05 mar. 2019.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.510**. Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Brito, DJe 28.05.2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 05 mar. 2019.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 186**. Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJe 20.10.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 05 mar. 2019.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.275**. Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 06/03/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki, DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26/DF**. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 18.02.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 28 fev. 2019. A íntegra do voto do relator está em POMPEU, Ana. Leia o voto do ministro Celso de Mello sobre a criminalização da homofobia, **Revista Consultor Jurídico**, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/leia-voto-celso-mello-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 28 fev.

Desde que a Suprema Corte americana proclamou o reconhecimento do *judicial review* e da supremacia constitucional, no célebre julgamento *Marbury v. Madison* (1803), a jurisdição constitucional vem ganhando destaque, ampliando-se.

O ativismo envolve a concretização dos valores da Constituição. O dilema político atual consiste em encontrar um ativismo moderado e justificado para o caso de suprimimento de omissões inconstitucionais do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, garantindo-se a independência dos demais poderes, mas realizando, na maior medida possível, os direitos fundamentais.

O ativismo no Supremo Tribunal Federal está ligado à ascensão institucional e protagonismo do Poder Judiciário, verificável após a Constituição Federal de 1988, sensibilizado, em seguida, com a profunda alteração no sistema judicial nacional proclamada pela EC nº 45/2004.

Consagrou-se a ampliação do acesso a justiça, com o novo paradigma das funções essenciais, o fortalecimento do Ministério Público e da Defensoria Pública, a reforma do Judiciário, o aperfeiçoamento dos instrumentos processuais de defesa da Constituição e do cidadão, tais como as ações direta de (in)constitucionalidade, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, o habeas-data e a ação de improbidade administrativa, dentre outros.

Nessa quadra, Luis Roberto Barroso traça um amplo panorama desse novo desenho institucional brasileiro, compreendendo o ativismo judicial como uma maneira proativa de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido e alcance, em decorrência do “descolamento entre a classe política e a sociedade civil”, demonstrado pelo abandono das legítimas demandas da população.²⁴⁵

Segundo o autor, a postura ativista do STF pode ser sentida em seus múltiplos julgados, incluindo a aplicação direta da Constituição Federal, sem necessidade de prévia manifestação dos demais Poderes constituídos, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Legislativo e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador, a exemplo da greve dos servidores públicos, quanto na insuficiência de políticas públicas.²⁴⁶

2019.

²⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 442.

²⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 442.

Sem dúvida que o espaço nobre do ativismo judicial está na temática das grandes questões morais e políticas da sociedade – os denominados *hard cases*. Sem dúvida, a atuação da corte tem avançado para o efetivo controle das políticas públicas dos Poderes Legislativo e Judiciário, imiscuindo-se na seara de competência administrativa dos demais entes.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao tratar da multidimensionalidade do ativismo judicial, apresenta importante sistematização para a matéria, com fundamento na densidade e diversidade de temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, na parte que interessa a este trabalho, em especial diante da forte inclinação da Suprema Corte no comprometimento com a ideia de justiça distributiva e tutela de direitos fundamentais, o autor catalogou o ativismo judicial de direitos em uma dupla dimensão: a dimensão negativa (ou de defesa) e a dimensão positiva (ou prestacional).²⁴⁷

Na primeira vertente, fundada na liberdade, propriedade e dignidade, a Corte interfere nas ações estatais regulatórias²⁴⁸, investigatórias²⁴⁹ e coercitivo-penais²⁵⁰; na segunda vertente, fundada na igualdade social e na garantia do mínimo existencial, interfere no dever de legislar²⁵¹, nas políticas públicas²⁵² e nas decisões alocativas de recursos do Estado^{253, 254}.

Importa aqui tratar apenas do ativismo judicial na dimensão positiva ou prestacional para garantia do mínimo existencial, uma vez que das decisões do Supremo Tribunal Federal é

²⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*, Cap.V, item 5.

²⁴⁸ A Lei de imprensa, Lei n. 5260/67, não foi recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto, j. em 30.04.2009, DJ de 06.11.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em 12 mar. 2018.

²⁴⁹ A obtenção de dados bancários dos contribuintes depende de intervenção judicial, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 389.808**. Paraná. Relator Min. Marco Aurélio, j. em 15.12.2010, DJ 10.05.2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2129315>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Diário da Justiça: DJe nº 157, 22.08.2008, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁵¹ No caso de insuficiência proteção normativa que ponha em risco os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva, o STF dimensiona a esfera de proteção, como fez em relação a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) dando-lhe interpretação conforme a Constituição, estabelecendo que a proteção da dignidade da mulher só se concretiza se a ação penal for incondicionada e não meramente condicionada. (Inf. STF n. 654).

²⁵² O STF, garantindo o direito fundamental a educação infantil e básica, obrigou o Município a disponibilizar vagas em ensino fundamental e educação infantil para crianças carentes, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 595.595**. Relator: Min. Eros Grau, j. em 28.04.2009, DJ 20.05.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2650661>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁵³ Na controvertida judicialização da saúde, o STF determinou a aquisição e distribuição gratuita de medicamentos para tratamento do HIV, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 271.286**. Relator: Min. Celso de Melo, DJ 24.11.2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 6-10, grifos do autor.

possível extrair o conteúdo do mínimo existencial. Procurou-se neste trabalho visualizar, através de simples busca no endereço virtual do STF, a opção “mínimo existencial”, lançando-se a expressão no repositório de jurisprudência. Na primeira busca, foram localizados os seguintes documentos que contêm a expressão marcada: 23 acórdãos, 408 decisões monocráticas, 22 documentos da presidência, 01 questão de ordem, 01 repercussão geral e 31 informativos.

Certamente este rol é meramente exemplificativo, tanto que a paradigmática ADPF nº 45/2004 não apareceu na referida consulta, através da qual se teve a primeira tentativa de definição para o mínimo existencial. A mencionada ação constitucional atacava o veto presidencial à LDO (Lei nº 10.707/2003), em razão do desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 20/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos para implementação de políticas públicas na área de saúde.

Segundo o relator da ADPF:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.²⁵⁵

Sabe-se que o mínimo existencial não se vincula a ideia de subsistência ou sobrevivência do homem. No acórdão, o mínimo existencial está vinculado diretamente ao conceito de dignidade da pessoa humana - fundamento do Estado Democrático de Direito – servindo de parâmetro para direcionamento de recursos públicos na promoção do bem-estar do homem.

Já no ano de 2007, no julgamento da ADI nº 3.768-4/DF, da relatoria da Ministra Carmem Lúcia, a questão conceitual retorna ao debate, agregando ao conceito de mínimo existencial uma perspectiva comunitária de integração do homem à vida social, “conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas”. A discussão envolvia a previsão de gratuidade do transporte público aos idosos, na forma estabelecida no art. 39 do respectivo

²⁵⁵ Íntegra do voto disponível no Informativo/STF n. 345 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 345.** Decisão publicada no DJU de 4.5.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019).

estatuto. Segundo a relatora:

[...] Terceiro, porque a dignidade e o bem-estar dos idosos estão fortemente relacionados com a sua integração na comunidade para que se possa dar a sua participação na vida da sociedade. Não é aboletado e aquietado em razão de sua carência para pagar transportes por meio dos quais possam se locomover que se estará garantindo ao idoso o direito que a Constituição lhe assegura [...] o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.²⁵⁶

Assim, a dignidade da pessoa humana passa a compreender, além de elementos materiais essenciais, elementos não-materiais, necessários para a vida em sociedade.

Como já afirmado, o mínimo existencial não se confunde com mínimo vital. O Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento do RE nº 572.921/RN, deu correta interpretação à dimensão do mínimo existencial para além dos elementos estruturais consignados no art. 7, inciso IV da Carta Magna. O relator compreendeu o mínimo vital inserido na dimensão material do mínimo existencial, ressaltando a fundamental importância das utilidades do art. 7º, IV da Constituição para assegurar o mínimo a uma vida digna.

É que o mínimo existencial, por sua compreensão aberta, elástica, deve ser assimilado sob a ótica da maximização, ou seja, para além do rol de direitos enunciados no citado dispositivo constitucional, voltado ao atendimento das “necessidades vitais básicas”. O mínimo existencial alcança outros tantos direitos igualmente relevantes para o ser humano, a exemplo do meio ambiente, saneamento básico, liberdade, democracia, necessários a uma vida digna, conforme percepção do relator:

Por que tenho feito ressalva? Rapidamente vou explicar. Porque o inciso IV do artigo 7º consagra o que se pode chamar, em termos estipendiários, de mínimo existencial [...] O artigo 7º é a consagração do mínimo existencial, abaixo do qual não se pode falar de dignidade da pessoa humana [...] O básico, aqui, chega a ser redundante, porque se é vital, é básico, é fundamental. Mas a Constituição sentou praça da redundância para mostrar o seu especialíssimo apreço pela matéria [...] Muito bem, o que é vital básico é o mínimo existencial, que se contrapõe a para suplantar a cláusula financeira da reserva do possível, ou seja, a cláusula financeira da reserva. A do possível cede diante do mínimo existencial.²⁵⁷

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3768/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 19.09.2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2396731>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 572921/RN**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ 06.02.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2580602>. Acesso em: 12

Aliás, na dimensão prestacional do ativismo judicial, conforme classificação anotada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, é possível identificar, no conteúdo dos relacionados julgados do Supremo Tribunal Federal, a superação de argumentos relativos ao custo do direito, a reserva do possível (dimensão fática) e aos efeitos sistêmicos das decisões judiciais.

Em 2011, no julgamento do ARE nº 639.337/SP – relator Min. Celso de Mello - discutia-se política pública educacional definida na própria Constituição Federal, quanto ao dever jurídico do Município em realizar prestação positiva que assegurasse a matrícula de criança até 05 anos de idade em creche e em pré-escola. Transcreve-se parte da ementa do acórdão que diz muito sobre o tema:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).²⁵⁸

A posição do Supremo Tribunal Federal, na firme doutrinação da supremacia do direito ao mínimo existencial, como direito fundamental que deve ser assegurado pelo Estado, tem o propósito de afiançar segurança jurídica ao cidadão que bate às portas do Judiciário.

mar. 2019.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 639337/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 15.09.2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 12 mar. 2019.

O administrador público incompetente e desorganizado, que não destina recursos suficientes para as áreas sociais mais sensíveis à população, promove a degradação da dignidade da pessoa humana. Seus atos são plenamente controlados pelo Judiciário.

Nesse sentido, o acesso a justiça requer a garantia da segurança jurídica, direito fundamental assegurado no Preâmbulo da Constituição e no art. 5º, *caput*. No último item deste capítulo será debatida a questão do aprimoramento da tutela jurisdicional.

4.3 Segurança jurídica e aprimoramento da tutela judicial no controle de políticas públicas

Como toda atividade humana, a tutela judicial no controle de políticas públicas necessita de constante aprimoramento, notadamente por envolver institutos jurídicos e desencontros doutrinários e jurisprudenciais.

A sistematização da matéria é um complexo caminhar, estando, necessariamente, atada a ideia de racionalização da tutela jurisdicional, como vem acontecendo com a trajetória de alguns posicionamentos ativistas do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da questão relativa à aquisição de medicamento de alto custo, ou intervenções cirúrgicas no exterior.

O pensamento crítico voltado ao aprimoramento das políticas governamentais e correlato do controle judicial, não podendo, portanto, estar dissociado da ideia de segurança jurídica.

O Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Constituição Federal de 1988, optou claramente pela tradição romano-canônica do *civil law*, com proeminência da legislação escrita, estabelecendo, em seu preâmbulo, o núcleo político da nação, primando por um sistema que assegure segurança, bem-estar social, igualdade e justiça como valores supremos da sociedade e do próprio Estado de direito.

Segundo Gustav Radbruch²⁵⁹, o direito é um conceito cultural, ou seja, determinado a servir ao valor jurídico, compondo os seus pilares fundamentais a justiça distributiva, a utilidade social e a segurança jurídica. A segurança estaria revelada na positividade do direito e representa o elemento informativo e estrutural a qualquer ordenamento jurídico. É, portanto, um atributo e um propósito do Estado de Direito.

O maior enfoque à dimensão conceitual do Estado de Direito diz respeito a sua essência organizacional-normativa. Sob a égide de um ordenamento jurídico, produzido por

²⁵⁹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 107.

Parlamento independente e representativo da vontade popular, a promoção de segurança jurídica se torna o objetivo primeiro do Estado de direito.

Como postulado fundamental, a segurança irradia efeitos sobre todo normativo constitucional, podendo-se falar em segurança do domicílio (art. 5º, X), segurança das comunicações pessoais (art. 5º, XII), segurança da propriedade (art. 5º, XXII), segurança no acesso a informação (art. 5º, XIV), etc.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, o homem necessita de segurança para conduzir e conformar responsabilmente a sua vida, vinculando-se a elementos objetivos da ordem jurídica, a saber: (i) garantia de estabilidade jurídica, (ii) segurança de orientação e (iii) realização do direito. A segurança jurídica, como elemento essencial ao Estado de Direito, passa a exigir clareza, racionalidade e transparência dos atos estatais, de modo a ensejar um sentimento de proteção ao cidadão.²⁶⁰

No plano legislativo, a segurança jurídica corresponde a um direito do cidadão à estabilidade e certeza de que as relações jurídicas de que seja titular não sejam obstadas por fatores externos, abruptos e imprevisíveis, com mudança das regras do jogo (vedação ao retrocesso social), primando o sistema pela higidez e coesão da jurisprudência e precedentes dos tribunais, respeitando a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, XXXVI).

Já no plano político, vale a lição de Luis Roberto Barroso, ao apontar um conjunto de conteúdos abrangentes relativos ao princípio da segurança jurídica: a) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; b) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; c) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; d) a previsibilidade de comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.²⁶¹

A nota da previsibilidade, que em boa medida veio preconizada no novo sistema de precedentes do Código de Processo Civil (art. 926), tem por escopo repelir decisões judiciais desencontradas das cortes superiores, cessando a perplexidade que acarreta desconfiança do

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.

²⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 139-140.

cidadão no sistema judiciário. Em matéria de judicialização da política e controle jurisdicional, torna-se fundamental a percepção do cidadão de que não está litigando em campo minado e sim em terreno fértil e seguro.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, o maior combustível do expansionismo judicial ocorreu com o surgimento de uma sociedade de risco, exteriorizada pela insegurança coletiva, agravada pela ineficiência do Poder Público no suprimento das necessidades fundamentais do povo. A leniência na oferta das prestações primária pelo Estado muitas vezes torna precoce o litígio, verificado antes mesmo de passar por “desejável ponto de maturação” em outras instâncias administrativas.²⁶²

Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva compreende o âmbito dos direitos sociais prestacionais como fonte de insegurança jurídica, exatamente pela exigência de uma prestação positiva do Estado e o grande número de decisões judiciais díspares e desencontradas.

Debruçando-se o autor na teoria do suporte fático dos direitos sociais, ou seja, na análise da dimensão do âmbito de proteção do direito, levanta severas críticas ao ativismo incontrolado e sem limites do Judiciário, conclamando os juízes a abandonar o decisionismo, racionalizando as decisões, ao invés de conceder de forma individualizada, medicamentos ou vagas em sala de aula, admitindo, contudo, o controle judicial diante da omissão inconstitucional e infundada do Poder Público.²⁶³

Como visto, o maior avanço da dimensão prestacional que possibilita, inclusive, o seqüestro de verbas públicas, ocorre na esfera educacional e no custeio das necessidades de saúde.²⁶⁴

Não se discute a legítima interferência judicial em políticas públicas de saúde. Entretanto, diante do direito ao mínimo existencial, alguns parâmetros para o aprimoramento e racionalização da decisão judicial se fazem necessários.

Essa sistematização e aprimoramento da tutela judicial foi inicialmente tentada no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. O julgado insistia no privilégio dos medicamentos e tratamentos médicos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Entretanto, por não encontrar a segurança necessária, acabou ratificando a sindicabilidade judicial e interventiva do Judiciário nas políticas públicas de

²⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 364-365.

²⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 204-205.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 597182-9/RS**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ 06.11.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2395622>. Acesso em: 13 mar. 2019.

saúde autorizando o fornecimento, a determinada pessoa, ainda que em demanda individual, de custoso medicamento.²⁶⁵

Recentemente, ainda na questão do direito a saúde, revendo seu posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, em decisão com repercussão geral, vem construindo critérios de sistematização para aquisição de medicamentos de alto custo, os quais ocorrerão em 02 situações distintas: a) se o fármaco estiver incluído na lista pública do SUS, o Estado tem a obrigação de fornecer; b) caso contrário, não há o dever na dispensação do medicamento ao cidadão, salvo se o autor comprar sua incapacidade financeira, além de outras condições fortemente limitativas ao direito social a saúde.²⁶⁶

Este posicionamento da Corte constitucional arrosta a teoria da consagração do direito fundamental ao mínimo existencial, uma vez que considera o custo da universalização sem que se faça a prova exauriente do esgotamento orçamentário pelo Estado.

²⁶⁵ Neste ponto, Carlos Alexandre Campos consagra o amplo ativismo judicial, mas ressalta as críticas levantadas por Ricardo Lobo quanto ao “positivismo na vertente da receita e o pós-positivismo no da despesa pública”, ou seja, na interpretação judicial generosa para os gastos públicos, diante do paternalismo e do intervencionismo estatal nas benesses e na entrega de bens públicos, conforme CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*, item 5.2.

²⁶⁶ Seguem as considerações mais relevantes anotadas pelo colegiado: a) Nessa hipótese de fármaco incorporado ao SUS, basta o requerente comprovar: a necessidade do fármaco e a prévia tentativa de sua obtenção pela via administrativa; b) No caso de medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. Não há sistema de saúde que resista a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública, consignando-se cinco requisitos cumulativos devem ser observados: a) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS; f) as tutelas condenatórias visando à dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser, preferencialmente, pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a conferir-se máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde; g) a tutela de prestação individual não coletivizável deve ser excepcional. Desse modo, para seu implemento, é necessário demonstrar não apenas que a opção diversa à disponibilizada pela rede pública decorre de comprovada ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente para o seu caso, mas também que há medicamento ou tratamento eficaz e seguro, com base nos critérios da medicina baseada em evidências. Para aferir tais circunstâncias na via judicial, propôs os seguintes parâmetros: a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; b) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; d) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e e) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia. Conforme Informativo STF n. 841. BRASIL. **Informativo STF nº 841**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566471%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/jenpgfr>. Acesso em: 10 mar. 2019.

Essa preocupação quanto ao elemento orçamentário é um dado empírico, fático, que deve preocupar o juiz da causa, mas não pode conduzir ao aniquilamento do direito fundamental, principalmente se estiver em jogo o mínimo existencial e a garantia de suas amplas utilidades constitucionais.

Este trabalho entende que não há juízos de ponderação na adjudicação do direito ao mínimo existencial, em especial diante de política pública essencial estabelecida na Constituição, como nas ações de saúde e educação, não cabendo ao juiz postura defensiva de metas e programas de governo em detrimento de direitos fundamentais.

A divisão entre política pública essencial e política pública não essencial é um marco doutrinário no aprimoramento da tutela jurídica e auxilia na compreensão da dimensão da sindicabilidade judicial. Felipe de Melo Fonte apresenta a justificativa para a divisão:

Seguindo a hipótese inicial, as políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais podem ser divididas em duas categorias distintas, submetidas a regimes de controle diferenciados, que serão definidas de acordo com a sua vocação para a materialização do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), o qual foi identificado como pilar do sistema de direitos fundamentais posto em vigor pela atual Constituição brasileira [...]. O primeiro grupo é composto das políticas públicas que dizem respeito ao adimplemento concreto do mínimo existencial, as quais serão aqui denominadas políticas públicas constitucionais essenciais. Por sua vez, políticas públicas ditas não essenciais são aquelas relacionadas à área não nuclear dos princípios fundamentais previstos na Constituição.²⁶⁷

Para as políticas públicas essenciais constitucionais, vinculadas ao mínimo existencial, este trabalho defende o modelo “forte” de intervenção judicial, reduzindo drasticamente as opções da discricionariedade administrativa, desconsiderando-se os argumentos de cunho financeiro-orçamentário, os argumentos pragmatistas e as deficiências instrumentais do Poder Judiciário. O Juiz tem legitimidade para adotar medidas concretas visando a proteção e garantia da dignidade humana, inclusive bloqueio e seqüestro de numerário público disponível em instituições vinculadas.

No caso de política pública não essencial (ordinária), ou essencial (constitucional) que não envolva direito ao mínimo existencial, diante de conflito entre o interesse da Administração que alega contenção orçamentária (reserva do possível) e o cidadão que pretende efetivar algum direito social, o juiz deve adotar técnica de ponderação para dimensionar, no caso concreto, o próprio direito fundamental (factível), eliminando

²⁶⁷ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 209.

antagonismos entre interesses constitucionais, produzindo a decisão mais justa e adequada.²⁶⁸

Neste caso, incidiria o modelo “fraco” de intervenção judicial. O Juiz não interfere na execução da política pública, garantindo, na maior medida do possível, o cumprimento das prestações sociais estabelecidas pela Constituição Federal, facultando-se juízos de ponderação e razoabilidade na adjudicação do direito.

Tome-se o exemplo de uma política pública no tema da moradia, em que o postulante pretenda usufruir do objetivo da medida, consistente no seu remanejamento de uma área de risco para uma área segura, tendo sido previamente eliminado do rol de beneficiados. Haverá então necessidade do juízo indagar à Administração os motivos da exclusão do suplicante da política pública discutida, cabendo ao juiz ponderar as razões da exclusão e medir o grau de importância do direito a prevalecer, podendo deferir a tutela judicial, garantindo ao cidadão o usufruto da política social e do direito fundamental correlato.²⁶⁹

Assim, constata-se que a dimensão do mínimo existencial opera no plano fático, em que o administrador ou o juiz deve enfrentar, sem receio, a melhor alternativa para eliminar a lesão a dignidade da pessoa humana, afastando o argumento consequencialista que obsta o usufruto do direito, ao argumento de prejuízo ao erário. Cuide-se, contudo, que a consideração pragmática será sempre subsidiária, instrumental, pois o fundamental é fazer valer a Constituição, aplicar a norma jurídica e os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, fundamentando a decisão sob a ótica da justiça social, com relativa e formal consideração às consequências políticas ou econômicas da decisão que decorram da decisão.

O argumento puramente consequencialista não pode ser considerado pelo julgador como critério hermenêutico, uma vez que não autorizado pela Constituição Federal. O perigo da concepção pragmática consiste em negar a existência de direitos do homem em prol de metas e programas de governo, ofendendo a dignidade da pessoa humana. O artigo 20 da Lei nº 13.655/2018 consiste em perigoso precedente legislativo a ensejar decisionismos e arbitrariedades, devendo ser afastado pelos juízes diante da exigibilidade do mínimo

²⁶⁸ Segundo o voto do Ministro Celso de Melo: Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, ‘hic et nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreto, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82424**. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 19.03.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 13 mar. 2019.

²⁶⁹ Exemplo extraído do livro de Vanice Regina Lirio do Valle. VALLE, Vanice Regina Lirio do Valle. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163.

existencial.

Diante da complexidade das relações sociais e da necessidade de controle judicial de políticas públicas, a adoção do critério pragmático ofende a integridade do direito e afasta as melhores razões que justificam o tratamento por igual consideração a todos da comunidade. Qualquer postura judicial deve primar pela garantia à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial que lhe assegura. Cabe ao Supremo Tribunal Federal promover um razoável e equilibrado ativismo, racionalizando o sistema de precedentes, em especial os critérios de aplicação e remanejamento de recursos públicos, mas sem limitar ou restringir o postulado da dignidade do homem.

Como regra geral, propõe-se como parâmetros objetivos para forjar uma prestação jurisdicional adequada, justa e segura no âmbito do controle de políticas públicas os seguintes tópicos: a) sendo a dignidade a fonte de todo ordenamento jurídico e de todos os direitos fundamentais, o mínimo existencial, como direito fundamental autônomo, vinculado diretamente ao conceito de dignidade, pode ser exigido judicialmente, tanto por meio de ação individual como coletiva; b) a decisão judicial que define prestações positivas deve ser sempre motivada no ordenamento jurídico vigente, legitimando o discurso jurídico perante a opinião pública; c) diante da complexidade técnica ou da alta indagação político-constitucional de determinada política pública, o juiz deve atuar com prudência, evitando intervenções excessivas ou danosos efeitos sistêmicos; d) na adjudicação do direito fundamental ao mínimo existencial, o juiz deve afastar a discricionariedade administrativa; e) na adjudicação do direito fundamental ao mínimo existencial não há ponderação judicial, salvo em caso de colisão entre direitos fundamentais dotados da mesma dignidade; f) na adjudicação do direito fundamental ao mínimo existencial, cabe ao juiz aquilatar, no caso concreto, a necessidade invocada pelo demandante, independentemente do óbice da reserva do possível, do argumento pragmático consequencialista previsto na Lei 13.655/2018, ou das dificuldades institucionais do Poder Judiciário; g) no controle jurisdicional de política pública não essencial, ou essencial que não envolva direito ao mínimo existencial, o juiz pode adotar juízo de ponderação para dimensionar o direito fundamental (factível) e eliminar antagonismos entre interesses constitucionais; h) cabe ao Supremo Tribunal Federal promover um equilibrado ativismo, racionalizando o sistema de precedentes, em especial os critérios de aplicação e remanejamento de recursos públicos, mas sem limitar ou restringir o postulado da dignidade do homem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, seguem as notas conclusivas deste trabalho:

1. A trajetória dos direitos humanos aponta o referencial histórico e teórico que justificou a consagração dos direitos fundamentais no âmbito do moderno constitucionalismo, desempenhando uma dupla função: a) limitação do poder estatal e b) garantia e proteção aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.
2. No Estado liberal e Social, o Poder Judiciário era neutralizado pela força narrativa do postulado da separação de poderes e pela aplicação do direito mediante a subsunção automática dos fatos às normas legais;
3. No Estado Democrático de Direito, diante da autosuficiência normativa da Constituição Federal de 1988 e do rol dos direitos fundamentais sociais positivados, estabeleceu-se o imperativo da responsabilidade estatal na promoção da justiça social, mediante formulação de políticas públicas distributivas;
4. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, em especial os sociais prestacionais, deve garantir o atendimento das necessidades vitais e da dignidade da pessoa humana, em razão da sua aplicabilidade direta e vinculação imediata às entidades públicas e privadas (art. 5§, 1º, CF/1988);
5. A sociedade civil organizada confia e compreende a legitimidade democrática de seus juízes no controle judicial das políticas públicas;
6. A jurisdição constitucional, no moderno arranjo institucional e político dos Estados contemporâneos, não concebe a usurpação ou assunção das demais funções estatais (Executivo e Legislativo);
7. Na concretização de direitos fundamentais, a doutrina constitucional contemporânea, aponta, primordialmente, dois fenômenos abrangentes que caracterizam a expansão intervencionista da jurisdição constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial, fenômenos intimamente relacionados;
8. A judicialização corresponde a circunstância de transferência para o Judiciário de relevantes questões públicas que não foram enfrentadas nas arenas políticas, enquanto o ativismo judicial diz com o modo como os juízes atuam politicamente, interpretam a Constituição e produzem a tutela jurídica.
9. A decisão puramente consequencialista subverte o sistema constitucional e legal, pois

nega a existência do direito válido e cria critério argumentativo baseado em meras consequências de ordem econômica ou social, sem respaldo na Constituição;

10. O discurso consequencialista instituído na Lei 13.655/2018 não pode vincular o julgador, pois não configura critério constitucional de legitimidade de uma decisão judicial, muito menos fundamento para a negativa do direito constitucional ao mínimo existencial.
11. O juiz só poderá adotar argumentos consequencialistas de forma subsidiária e instrumental.
12. No Brasil, a elaboração de políticas públicas não é uma opção do Poder Executivo, uma vez que a configuração do Estado Democrático de Direito está centrada no princípio da legalidade, como também na ideia de justiça distributiva e fraternidade (Preâmbulo), cabendo a Administração pública executar atividades para realização deste desiderato.
13. Na esfera judicial são plenamente justiciáveis os direitos sociais, tanto em sua dimensão negativa (defensiva), quanto na dimensão positiva (prestacional), no sentido de exigir do Estado as prestações vinculadas ao mínimo existencial, essenciais à dignidade da pessoa humana, não podendo eximir de apreciar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/1988).
14. A discricionariedade administrativa é limitada e contida pelos direitos fundamentais, cabendo ao administrador realizar as políticas públicas que garantam o usufruto dos direitos consignados nas normas constitucionais.
15. Se se trata de política pública discriminada na própria Constituição Federal, não há discricionariedade do administrador sobre a oportunidade e conveniência de sua implementação, constituindo um poder-dever da Administração cumprir a Constituição.
16. Configura um componente essencial na adjudicação de políticas públicas pelo Judiciário, na concepção do Estado Democrático de Direito (justiça distributiva), a garantia do mínimo existencial. Serve como parâmetro e limite para o gestor avaliar as prioridades sociais que justificam o gasto público e atua como vetor hermenêutico na atuação judicial.
17. O direito fundamental ao mínimo existencial refuta os óbices da separação de poderes, da discricionariedade administrativa, da limitação orçamentária e da argumentação pragmática consequencialista estabelecida na Lei nº 13.655/2018.

18. Supera-se a tese que aponta apenas 04 (quatro) elementos nucleares do mínimo existencial: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça, uma vez que o direito ao mínimo existencial é vinculado à dignidade da pessoa humana, não cabendo tarifação *numerus clausus*.
19. O Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra interpretativa das normas constitucionais, de forma abrangente, adota a ampla adjudicação de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais, conforme paradigmática decisão na ADPF nº 45/2004.
20. Se a política pública é inexistente, o Judiciário determina a sua formulação, caso se depare com a não efetividade de algum direito fundamental. Se a política pública está em execução e cumpre os objetivos previstos na lei e na Constituição, deve-se privilegiar a esfera de liberdade de conformação do Legislativo e Executivo.
21. O princípio jurídico da fraternidade, como fonte normativa que orienta a atividade legislativa e a prática hermenêutica judicial, serve, com a mesma densidade normativa dos demais princípios e regras constitucionais, como fator estruturante na esfera administrativa e na esfera judicial no controle de políticas públicas.
22. O elemento orçamentário como um dado empírico, fático, não pode levar ao aniquilamento do direito fundamental, não havendo juízo de ponderação na adjudicação do direito ao mínimo existencial.
23. Na política pública não essencial, ou essencial sem vinculação com o mínimo existencial, admite-se juízos de ponderação e proporcionalidade.
24. A dimensão jurídica da reserva do possível, por guardar conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, não serve como óbice argumentativo ao direito ao mínimo existencial; apenas a dimensão fática que relaciona a disponibilidade ou não de recursos pode ser argüida, mas exige prova cabal do esgotamento orçamentário do ente estatal.
25. São estes os parâmetros objetivos que se propõe para uma prestação jurisdicional adequada, justa e segura no âmbito do controle de políticas públicas: a) sendo a dignidade a fonte de todo ordenamento jurídico e de todos os direitos fundamentais, o mínimo existencial, como direito fundamental autônomo, vinculado diretamente ao conceito de dignidade, pode ser exigido judicialmente, tanto por meio de ação individual como coletiva; b) a decisão judicial que define prestações positivas deve ser sempre motivada no ordenamento jurídico vigente, legitimando o discurso

jurídico perante a opinião pública; c) diante da complexidade técnica ou da alta indagação político-constitucional de determinada política pública, o juiz deve atuar com prudência, evitando intervenções excessivas ou danosos efeitos sistêmicos; d) na adjudicação do direito fundamental ao mínimo existencial, o juiz deve afastar a discricionariedade administrativa; e) na adjudicação do direito fundamental ao mínimo existencial não há ponderação judicial, salvo em caso de colisão entre direitos fundamentais dotados da mesma dignidade; f) na adjudicação do direito fundamental ao mínimo existencial, cabe ao juiz aquilatar, no caso concreto, a necessidade invocada pelo demandante, independentemente do óbice da reserva do possível, do argumento pragmático consequencialista previsto na Lei nº 13.655/2018, ou das dificuldades institucionais do Poder Judiciário; g) no controle jurisdicional de política pública não essencial, ou essencial que não envolva direito ao mínimo existencial, o juiz pode adotar juízo de ponderação para dimensionar o direito fundamental (factível) e eliminar antagonismos entre interesses constitucionais; h) cabe ao Supremo Tribunal Federal promover um equilibrado ativismo, racionalizando o sistema de precedentes, em especial os critérios de aplicação e remanejamento de recursos públicos, mas sem limitar ou restringir o postulado da dignidade do homem.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A lição de Rui: crime de hermenêutica, a hipérbole do absurdo. **Revista de Direito Renovar**, v. 16, p. 31-36, jan./abr. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8429>. Acesso em: 15 maio 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, Cintia. Lava Jato também distorce domínio do fato para condenar Lula, diz especialista, **Jornal GGN**, 4 de julho 2017. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/noticia/lava-jato-tambem-distorce-dominio-do-fato-para-condenar-lula-diz-especialista>, Acesso em: 22 jan. 2019.
- ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades da sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 1993.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006. *E-book*.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social)– Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROS, Sérgio Resende de Barros. **Três gerações de direitos**. 2016. Disponível em: <https://www.srbarros.com.br/artigos>. Acesso em: 30 maio 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5. Acesso em: 05 mar. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da atuação do Poder Judiciário: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013. *E-book*, cap. 4, p. 8.

BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial**. A argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239-240.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1989.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Publiesi, *et al.* São Paulo: Cone, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmem C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 574.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. **Informativo STF nº 841**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566471%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/jenpgfr>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.952, de 20 de janeiro 2014**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2014. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 21.1.2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12952.htm. Acesso em: 10. mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Novo Código de processo Civil, art. 489, §1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 14.07.2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 26.4.2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 10. jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 05 fev. 2019

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4754, de 13 de junho de 2016**. Altera redação do art. 39 da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Tipifica crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. DCD, Brasília, DF, 29.03.2016, p. 170, Col 01. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AEsp nº 73654/SP** São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. DJ, 03.04.2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500445395&dt_publicacao=02/06/1997. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 169.876/SP**. São Paulo. Relator: Min. José Delgado. DJU, 21.09.1998, p.70. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800239553&dt_publicacao=21/09/1998. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1758187PR**. Paraná. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ, 19.12.2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801830581&dt_publicacao=17/12/2018. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 575.998/MG**. Relator: Luiz Fux. DJ 16.11.2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301350748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 771.537/RJ**. Rio de Janeiro. Relator: Min. Eliana Calmon. DJ 03.10.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501283114&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 962.934/MS**. Relator: atual: Min. Francisco Falcão. DJ, 25.04.2012. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>.. Acesso em: 10 fev.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp/RJ nº 1.657.156**, Relator: Min. Benedito Gonçalves. DJ de 21.09.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1657156&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SLS nº 957RS**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. DJU, 13.10.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802133737&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.510**. Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Brito, DJe 28.05.2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.999 e ADI nº 4.086**. (apenso principal). Distrito Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJe 17.04.2009. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 12** Distrito Federal. Relator: original Min. Gilmar Mendes. DJU, 01.09.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1568083>. Acesso em: 14 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.822**. Relator: Min. Moreira Alves, DJ 10.12.1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 223/DF**. Distrito Federal. Relator: p/AC Min. Sepúlveda Pertence. DJ de 29.06.1990. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1496619>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.768/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 19.09.2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2396731>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.275**. Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 06/03/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 162-DF**. Distrito Federal. Relator: Min. Moreira Alves. DJ, 19.09.1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=149321>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 896**. Distrito Federal. Relator: Min. Moreira Alves. DJU, 16.02.1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1568083>. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26/DF**. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 18.02.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto, j. em 30.04.2009, DJ de 06.11.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em 12 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 186**. Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJe 20.10.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45**. Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. DJU, 04.05.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 11 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54**. Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, DJe, 23.04.2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Rg. nº RE nº 271.286**. Relator: Min. Celso de Mello, DJ de 24.11.2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 597.182-9/RS**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ 06.11.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2395622>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AO nº 1.773/DF**. Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. DJ, 27.11.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 639.337/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 15.09.2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 727.864/PR**. Rel: Min. Celso de Melo. DJ 03.10.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501283114&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves. DJ, 19.03.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki, DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 81.695**. São Paulo. Relator: Min. Neri da Silveira, DJ 17.05.2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 03.01.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82.424**. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 19.03.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078**. Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau. DJ 5.02.2009. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 03.01.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 345**. Decisão publicada no DJU de 4.5.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 841**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566471%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/jenpgf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164**. Relator: Min. Celso de Melo, DJ 17.11.1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI nº 107/DF**. Distrito Federal. Relator: Min. Moreira Alves. DJ, 23.11.1989. Disponível em: [http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MI%24.SCLA.+E+107.NUME.\)+OU+\(MI.ACMS.+ADJ2+107.ACMS.\)&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/buanduz](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI%24.SCLA.+E+107.NUME.)+OU+(MI.ACMS.+ADJ2+107.ACMS.)&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/buanduz). Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI nº 670/ES**. Espírito Santo. Relator atual Rosa Weber. DJ de 31.10.2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 32.033/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ, 18.02.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397298>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PET nº 3.388/RR**. Roraima. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. DJ, 04.02.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RCL nº 3034/PB**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJ 21/09/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2262353>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 140.370**. Mato Grosso. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJU, 21.05.1993. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521123>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 198.265**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 21.11.2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1632482>. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 226.835**. Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ilmar Galvão, DJ de 10.03.2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1704053>. Acesso em: 15.jan.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 271.286**. Relator: Min. Celso de Melo, DJ 24.11.2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 389.808**. Paraná. Relator: Min. Marco Aurélio, j. em 15.12.2010, DJ 10.05.2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2129315>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 482.611/SC**. Santa Catarina. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 06.04.2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2391964>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 572.921/RN**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ 06.02.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2580602>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 595.595**. Relator: Min. Eros Grau, j. em 28.04.2009, DJ 20.05.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2650661>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Diário da Justiça: DJe nº 157, 22.08.2008, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte:

Editora Fórum, 2012.

BUNCHART, Maria Eugênia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão á luz de Ronald Dworkin. **Revista Sequência**, n. 65, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26397>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

CANÁRIO, Pedro. Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-18/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-lula-casa-civil>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil**: Um ponto cego do direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Controle de constitucionalidade: aspectos contemporâneos. **Estudos de direito constitucional em homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, n. 737, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 51, n. 18, 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004/11576>. Acesso em: 07 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSIÇA. **Resolução nº 238 de 06/09/2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais

da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2339>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 30 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 49 de 18/08/2015**. Institui e regulamenta o Módulo de Produtividade Mensal do Poder Judiciário dos juízes e serventias judiciárias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2175>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 102 de 15/12/2009**. Dispõe sobre a regulamentação da publicação de informações alusivas à gestão orçamentária e financeira, aos quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias dos tribunais e conselhos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=69>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 212 de 15/12/2015**. Institui o Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Efetividade das Demandas Relacionadas à Exploração do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas (FONTET), com o objetivo de elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento do sistema judicial quanto ao tema. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2228>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2234>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

CORTEZ, Luiz Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Luis Carlos Borges, 2001.

EM 11 ANOS, CNJ aplica 87 punições a magistrados e servidores. **Notícias CNJ**, Brasília, DF, 28 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87087-em-11-anos-cnj-aplica-87-punicoes-a-magistrados-e-servidores>. Acesso em: 12 jan. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. Técnica. Decisão. Dominação. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, Brasil, n. 21, p. 12-21, may 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 10 jun. 2018.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANCE. Ministère de la Justice. **Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen 26 août 1789**: Article 16. Disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-fondamentaux-10086/droits-de-lhomme-et-libertes-fondamentales-10087/declaration-des-droits-de-lhomme-et-du-citoyen-de-1789-10116.html>. Acesso em: 01 jun. 2018.

GALUPPO, Marcelo Campos. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: Conpedi, 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/052.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 18 jan. 2019.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma**

Constituição dirigente Curitiba: Juruá, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8. ed. São Paulo Malheiros, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HILDAR, Rodrigo. O justo e o direito. “Acesso à justiça não é só o direito de ajuizar ações”. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cn timer>. Acesso em: 14 fev. 2019.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

JUDICIALIZAÇÃO na saúde: aumentam os gastos, número de processos e iniciativas para conter o fenômeno. **Observatório de Análise Política em Saúde**, Salvador, 07 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/e607ae373d8892945fedc9dc984355a5/1/>. Acesso em 19 fev. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. (Textos filosóficos). Tradução: Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, 2011.

KAUFMANN, R.D.O. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. 2000. Tese (Tese em Direito) – Universidade de Brasília, Distrito Federal.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, n. 56, p. 151-176. jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1472>. Acesso em: 12 jun. 2018.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. *E-book*.

LEDO, Paulo Marcelo Silva. Perspectivas humanas no contrato social de Jean-Jacques Rousseau. In: COELHO NETO, Ubirajara (org.). **Marcos teóricos para a pré-compreensão do Estado moderno: estudos em homenagem ao professor Aladir Cardozo Filho**. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto, 2019.

LEITE, Glauco Salomão. A politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 64, v. 16, 2008.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de**

direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica:** Fundamentos e alcance (Expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção:** um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade:** um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAFIINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça:** condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. *E-book*.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 09 mar. 2019

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OMMATI, José Emílio Medauar Ommati. **Teoria da Constituição.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Tecnos, 2013. *E-book*.

PIOVESAN, Flávia C. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/6566>. Acesso em: 25 maio 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POMPEU, Ana. Leia o voto do ministro Celso de Mello sobre a criminalização da homofobia, **Revista Consultor Jurídico**, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/leia-voto-celso-mello-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 28. fev. 2019.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais**. Teoria geral. 2. ed. Portugal: Coimbra, 2010.

QUEIROZ, Marise Costa de. O direito como sistema autopoietico: contribuições para sociologia jurídica. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 46, p. 77-91, jul. de 2003. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/23488105/-marise-costa-de-queiroz-o-direito-como-sistema-autopoietico-contribuicoes-para-a-sociologia-juridica>. Acesso em: 14 fev. 2019.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia Brasileira**. Coleção razão Atlântica. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994.

RIBEIRO, Fernando José Armando Ribeiro. O conceito de Constituição na Modernidade: um estudo a partir da Revolução Francesa. In: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Princípios do direito político. Tradução: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Pillares, 2013. *E-book*, Livro III, cap. XV, p. 2.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. *E-book*, Cap.5, p. 23.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). *et al.* **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. Precatórios: TJSE apresenta relatórios de atividades do biênio 2017/2019. **Agência de Notícias**, Aracaju, 24 Janeiro 2019. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/agencia/noticias/item/11060-precatorios-tjse-apresenta-relatorios-de-atividades-do-bienio-2017-2019>. Acesso em: 05 mar. 2019.

SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. TJSE é o primeiro tribunal do país a integrar serviços do NAT/JUD ao processo judicial eletrônico. **Agência de Notícias**, Aracaju, 18 Outubro 2018. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/agencia/noticias/item/10916-tjse-e-o-primeiro-tribunal-do-pais-a-integrar-servicos-do-nat-jud-ao-processo-judicial-eletronico>. Acesso em: 05 mar. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, M. L. G. S. **A função jurisdicional e os direitos sociais: a legitimidade democrática do Poder Judiciário**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica do direito**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 10 jun. 2018

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

USO DE algemas em audiência divide o Judiciário. **Gauchazh**, Porto Alegre, 15 de julho de 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/07/Uso-de-algemas-em-audiencia-divide-o-Judiciario-4551299.html>, Acesso em: 22 jan. 2019.

VALLE, Vanice Regina Lício do Valle. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle**

judicial. 2.ed. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIDOTTI, Alexander Ferrari. **A judicialização de políticas públicas de saúde e efeitos na gestão administrativa no âmbito do Estado de São Paulo**. Jundiaí, São Paulo: Paco editorial, 2016. *E-book*.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos do humanismo Jurídico no ocidente**. Barueri: Manole, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. O direito como expressão da natureza cósmica: Sófocles, Aristóteles e Cícero. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente**. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 1-14.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3.ed.rev.atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.